

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES ACTES DISCRÉTIONNAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 15 JUIN, A 8 HEURES 1/2

PAR

JULES RENAULT

Président. M. PILLET, professeur.
Suffragants. . . . { M. DUCROCQ, professeur.
 { M. BERTHÉLEMY, professeur.



PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1899

DES ACTES DISCRÉTIONNAIRES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES ACTES DISCRÉTIONNAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

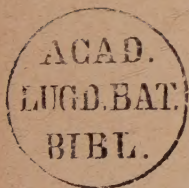
SOUTENUE LE 15 JUIN, A 8 HEURES 1/2

PAR

JULES RENAULT

Président. . . . M. PILLET, professeur.

Suffragants. . . . { M. DUCROCQ, professeur.
M. BERTHÉLEMY, professeur.



PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, RUE SOUFFLOT, 13

1899

A MES PARENTS

A LA MÉMOIRE DE MES GRANDS-PARENTS

A MES AMIS

A LA MÉMOIRE DU DOCTEUR DUCOUDRAY

ANCIEN SÉNATEUR DE LA NIÈVRE

A MONSIEUR BRUMAN

ANCIEN PRÉFET DE LA NIÈVRE

SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE LA PRÉFECTURE DE LA SEINE

AU GÉNÉRAL DAVOUT

DUC D'AUERSTAËDT

GRAND CHANCELIER DE LA LÉGION D'HONNEUR

A MONSIEUR LE COMTE DE BISY

BIBLIOGRAPHIE

Digeste : (Ad municipalem et de incolis), livre 50, titre 1.

— : Livre II, t. 1.

DE CORMENIN : *Questions de droit administratif.*

MACAREL : *Éléments de jurisprudence administrative.*

SIREY : *Conseil d'État selon la Charte.*

GÉRANDO (baron de) : *Institutes du droit administratif.*

COTELLE : *Cours de droit administratif.*

FOUCART : *Droit administratif.*

PROUDHON : *Traité du domaine public.*

SERRIGNY : *Questions de droit administratif.*

A. CHAUVEAU : *Principes de compétence et de juridiction administratives.*

VIVIAN : *Études administratives.*

AUCOC : *Conférences administratives.*

BATBIE : *Droit public et administratif.*

BLOCK : *Dictionnaire de l'Administration française.*

HAURIOU : *Droit administratif.*

MICHOUD : *Des Actes de gouvernement.*

BRÉMOND : *Des Actes de gouvernement (Revue).*

DUROCQ : *Cours de droit administratif.*

H. BERTHÉLEMY : *Du pouvoir réglementaire du Président de la République.*

LAFFERRIÈRE : *Juridiction administrative.*

- PILLET : *Cours de droit administratif professé à la Faculté de Paris* (1898-1899).
- VON RÆNNE : *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie* (Berlin, 1883).
- GOODNOW : *The executive and the Courts, Political science quarterly* (décembre 1886).
- STENGEL : *Die Organisation der preussischen Verwaltung* (Leipsig, 1884).
- PIETRO BERTOLINI : *(Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa, Rome, 1890).*
- BECQUET : *Répertoire du droit administratif.*
- FUZIER-HERMAN : *Répertoire.*
-

AVANT-PROPOS

Parmi les actes de l'autorité exécutive, qui échappent, en principe, au recours contentieux, on distingue deux catégories :

La première se compose des actes de gouvernement, qui ont été l'objet d'études approfondies, de la part de savants professeurs, et sur lesquels on est loin, cependant, de s'entendre ; ceux-ci resteront en dehors de notre sujet, ou du moins nous n'en parlerons qu'accessoirement, pour montrer combien ils diffèrent des autres.

La seconde catégorie comprend les actes discrétionnaires ou de pure administration. Ceux-là ont été un peu négligés par les auteurs, qui non seulement n'en ont pas formulé une théorie bien précise, mais n'ont même pas donné une bonne définition. L'ensemble de ces actes, formant une limitation

importante à la compétence des tribunaux administratifs, limitation introduite dans l'intérêt de l'administration et pour fortifier son indépendance, nous avons entrepris de dégager leurs caractères essentiels. Espérons que notre tentative ne sera pas complètement vaine. D'ailleurs, si le succès ne couronne pas nos efforts, nous aurons, du moins, la satisfaction d'avoir indiqué la voie à d'autres, qui, profitant de notre humble travail, pourront arriver à un résultat meilleur.

Au cours de cette étude, nous nous appuierons sur de nombreux arrêts du Conseil d'État. Ce n'est pas que nous espérons trouver, dans la jurisprudence, une théorie toute faite. Grande est la différence entre les arrêts du Conseil d'État et ceux de la Cour de Cassation. Ceux-ci procèdent de textes précis; les principes qu'ils appliquent sont établis depuis des siècles et de nombreux commentaires en ont fouillé tous les secrets. Aussi cette Cour expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle adopte. On voit, dit Serrigny, qu'elle ne craint pas de faire de la doctrine et de convaincre ceux qu'elle juge. Le Conseil d'État, pour son œuvre, n'avait pas les mêmes éléments, et le cadre dans lequel il devait se mouvoir était plus étendu. Aussi pour établir son enseignement ne procède-t-il pas au moyen de théories générales, mais à coups

d'espèces particulières. Il en résulte un mode spécial de délibération ; et si l'on veut pénétrer les principes qui ont inspiré la rédaction toujours sobre et méthodique des arrêts, il faut ne séparer ni les visas qui sont soigneusement discutés, ni les motifs, ni le dispositif dont les termes sont toujours pesés. C'est en tenant compte de ces observations, que nous tâcherons de découvrir les principes, qui nous permettront de construire notre doctrine.

HISTORIQUE

Quand l'administration et la justice étaient comme confondues par suite d'un grand nombre d'envahissements et d'usurpations réciproques, dont l'histoire est peut-être en droit d'attribuer les plus graves au pouvoir judiciaire, il y avait un assez médiocre intérêt à rechercher les caractères des actes administratifs et leurs différentes espèces. Mais le principe de la séparation des pouvoirs établi par l'Assemblée Constituante, et l'organisation plus savante et plus régulière de notre administration, ont imprimé à cette recherche un très haut degré d'intérêt. Il importe, en effet, de préciser les caractères constitutifs des actes administratifs, pour les distinguer des actes du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, et pour ne pas les confondre avec certains actes de souveraineté, que l'autorité exécutive

est appelée à exercer. Cela est nécessaire pour déterminer les voies de recours tantôt purement administratives et gracieuses, tantôt contentieuses et quelquefois même judiciaires dont ces actes sont susceptibles.

Mais, nous le répétons, l'intérêt qui s'attache à l'étude de ces actes n'apparaît guère qu'en l'an VIII, au moment de la grande réforme administrative.

L'Assemblée Constituante, poussée par un violent esprit de réaction, avait abouti à des excès contraires à ceux de l'ancien régime. Dans son ardeur pour les réformes, ne considérant que les abus de toutes sortes qui avaient caractérisé les institutions judiciaires de la Royauté, elle fit table rase de toutes les juridictions anciennes. La préoccupation qui domina chez ses membres et qui ressort clairement des débats de l'Assemblée, fut la défiance envers l'ordre judiciaire. L'histoire de l'administration monarchique est remplie de discussions soulevées par les prétentions politiques des diverses cours souveraines. L'Assemblée voulait des réformes et elle voulait pour les accomplir une administration forte et libre; elle ne voulait plus des remontrances inopportunes, ni des évocations abusives des conseils du roi. « Un des abus qui ont dénaturé le pouvoir judiciaire en France, disait Thouret, est la confusion des fonctions qui lui sont propres avec

les fonctions incompatibles et incommutables des autres pouvoirs publics. Rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations en arrêtant le mouvement et en inquiétant les agents. » Inspirée de ces idées, la Constituante n'admit aucune réclamation pas plus devant la juridiction administrative organisée par elle, que devant les tribunaux judiciaires, contre les *actes d'administration pure*, c'est-à-dire ceux impliquant une délégation de l'autorité publique. Le seul recours devait être porté devant l'administration elle-même, mieux informée, ou devant l'autorité administrative supérieure.

Les autorités administratives, créées en vertu de la Constitution du 3 septembre 1791, étaient, en commençant par le bas de l'échelle, les directoires de district, les directoires de département, les ministres et, en haut, le roi, chef de l'administration générale. Ce sont ces autorités qui furent chargées du contentieux administratif. L'administration devenait ainsi juge et partie; mais cette considération ne pesa pas sur les votes.

Avec le Consulat l'administration est profondément remaniée. Une grande réforme s'accomplit. La nouvelle monarchie reprit les traditions de l'ancienne et rétablit l'organisation administrative détruite par la Révolution, en observant cependant les principes nouveaux sur la séparation des pouvoirs. Elle le fit d'une

façon très judicieuse et c'est de ce double travail de restauration des anciennes juridictions administratives et d'adoption d'idées nouvelles, qu'est sorti le système de juridiction administrative qui existe encore de nos jours. « C'est à cette dualité d'origines que les institutions administratives du Consulat ont dû leur force et leur durée, parce qu'elles représentaient à la fois les traditions séculaires et leur appropriation à un régime nouveau. »

Tout en remarquant qu'au début de cette période, la justice ne fut pas totalement déléguée, puisque le Conseil d'Etat ne rendait que des avis confirmés par le chef du pouvoir exécutif, on peut dire que, dès cette époque, l'administration et la justice sont franchement distinctes et que la théorie des actes d'administrations et en particulier des actes de pure administration, qui font l'objet de notre étude, commence à se faire jour dans la doctrine et la jurisprudence.

L'examen des arrêts du Conseil d'Etat, rendus pendant la période antérieure à 1850, nous montre que jusque-là on décida, assez généralement, que les actes de pure administration ne pouvaient donner lieu au recours contentieux et que la jurisprudence, sauf quelques annulations pour incompétence, s'est maintenue assez ferme en ce sens.

C'est ainsi que fut rejeté le recours formé par le sieur *Maillard*, huissier à Paris, qui avait été révo-

qué de ses fonctions par une ordonnance royale du 31 mai 1846, rendue dans les circonstances suivantes :

Par jugement du tribunal de la Seine, il y avait eu séparation prononcée entre lui et sa femme, pour grossièretés et outrages envers elle ; par un autre jugement, Maillard avait été condamné à quinze jours de prison, pour outrage envers un témoin, à raison de sa déposition ; enfin, le sieur Maillard ayant cherché à vendre son office, la chambre de discipline des huissiers avait déclaré qu'il avait dissimulé une partie du prix.

C'est alors qu'intervint l'ordonnance de révocation du 31 mai 1846, suivie du pourvoi du sieur Maillard, devant le Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir. « Sans doute, disait-il, le ministre de la justice a seul le droit, aux termes des articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808, de prononcer la révocation des officiers ministériels qui manquent à leurs devoirs ou se déconsidèrent par leur inconduite, mais il faut, pour qu'il puisse user de ce droit, que la destitution ait été provoquée par le tribunal, près lequel exerce l'officier qui s'est mis dans le cas d'une révocation. » Les art. 102 et 103 du décret du 30 mars 1808 sont en effet ainsi conçus : art. 102 : « Les officiers ministériels qui seraient en contravention aux lois et règlements pourront, suivant la gravité des circonstances, être punis par des injonctions d'être plus exacts ou

plus circonspects, par des défenses de récidive, par des condamnations de dépens en leur nom personnel, par des suspensions à temps : l'impression et l'affiche du jugement à leurs frais pourront aussi être ordonnées, et *leur destitution pourra être provoquée, s'il y a lieu.* » Quant à l'art. 103, il punit encore les fautes de discipline. Il distingue entre celles qui ont été commises ou découvertes à l'audience et qui doivent être jugées immédiatement par les magistrats présents à l'audience, et celles qui ont été commises ou découvertes hors des audiences, et qui doivent être jugées en assemblée générale et en chambre du conseil ; puis, il ajoute : « Les mesures de discipline prises par le tribunal ne seront point sujettes à l'appel ni au recours en cassation, sauf le cas où la suspension serait l'effet d'une condamnation prononcée par jugement. Notre procureur général rendra compte de tous les actes de discipline au grand maître, ministre de la justice, en lui transmettant les arrêts, avec ses observations, afin qu'il puisse être statué sur les réclamations, ou *que la destitution soit prononcée s'il y a lieu.* » Il résulte de ces divers textes de loi, disait le sieur Maillard, qu'il faut que la destitution soit expressément provoquée par le tribunal, pour qu'elle puisse être prononcée par le ministre. Mais dans tous les cas, et à supposer qu'il n'y ait pas besoin d'une provocation expresse et positive, au moins

faudrait-il que la destitution prononcée par le ministre s'abritât derrière une condamnation disciplinaire préalablement encourue et qui pourrait être considérée comme une provocation suffisante, quoique tacite, de l'action ministérielle. C'est ainsi que dans une affaire jugée par le Conseil d'Etat, le 20 décembre 1833, l'huissier Foucault, révoqué par ordonnance royale, avait été suspendu de ses fonctions pendant un an par le tribunal. C'est ainsi également que, dans une affaire jugée par la Cour de Cassation le 11 avril 1835, l'huissier Choy, destitué par ordonnance royale, avait été précédemment l'objet d'une condamnation disciplinaire de la part du tribunal qui l'avait suspendu de ses fonctions pendant six mois. Mais dans l'espèce, aucune peine disciplinaire n'avait été prononcée contre le sieur Maillard, bien qu'il eût été l'objet d'une poursuite de cette nature. Le ministre avait donc excédé ses pouvoirs en prononçant sa révocation, en l'absence de tout acte disciplinaire émané de l'autorité judiciaire, et dès lors le recours dirigé contre l'ordonnance de révocation devait être accueilli avec d'autant plus de raison, que cette ordonnance portait une atteinte véritable et sérieuse aux droits de propriété garantis aux officiers ministériels par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, qui, en les autorisant à présenter des successeurs à l'agrément du gouvernement, a créé en leur faveur un

droit de propriété, aussi inviolable que les autres droits de cette nature.

Le Garde des Sceaux, consulté sur le mérite du pourvoi, a soutenu la légalité de l'ordonnance, en s'appuyant, d'une part, sur les dispositions des articles 96 de la loi du 27 ventôse de l'an VIII et 1^{er} du décret du 14 juin 1813, qui, en mettant les officiers ministériels en général et les huissiers en particulier, à la nomination du chef du gouvernement, reconnaissent par cela même, à l'autorité investie du droit de nomination, le droit de destitution ; d'autre part, sur les termes mêmes de l'article 103 du décret du 30 mars 1808, lequel veut que le procureur général rende compte au Ministre de la Justice de tous les actes de discipline sans distinction, afin que la destitution soit prononcée, s'il y a lieu. Le droit de révocation appartient donc au Ministre, dans toute sa plénitude, et c'est à ce droit qu'il a été rendu hommage, lorsque, par les articles 15 et 16 du décret du 14 juin 1813, il a été décidé que les huissiers, tant ordinaires qu'audienciers, qui quitteraient leur résidence, pourraient être remplacés, et que, par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, la faculté de présenter un successeur à l'agrément du chef du gouvernement a été retirée aux titulaires destitués. Ce droit une fois reconnu, a dit M. le Garde des Sceaux, le recours au Conseil d'État, en matière de

révocation d'officiers ministériels, doit être proscrit, comme le sont l'appel et le pourvoi en cassation, en ce qui concerne les arrêtés disciplinaires, et c'est ce qui a été jugé non seulement par l'arrêt Foucault, mais par arrêt du 26 juillet 1837, rendu sur le pourvoi du sieur Horliac, garde de commerce à Paris, qui avait été révoqué de ses fonctions par ordonnance royale.

Le Conseil d'État a statué sur le pourvoi Maillard en ces termes :

Vu la loi du 27 ventôse, an VIII ; les décrets du 14 juin 1813 et du 30 mars 1808 ;

Considérant que notre ordonnance du 31 mai 1846 qui a révoqué le sieur Maillard, a été rendue dans l'exercice du pouvoir disciplinaire conféré au gouvernement à l'égard des officiers ministériels et que dès lors elle ne peut donner lieu à un pourvoi par devant nous, en notre Conseil d'État, par la voie contentieuse,

Article premier. — La requête du sieur Maillard est rejetée.

Citons encore dans le même sens : arrêt *Cornibert*, 9 avril 1849, et *Lefèvre*, 21 juillet 1849.

Or, cette identité de solutions paraîtra toute naturelle, si l'on songe que les arrêts précités ont été rendus justement à une époque où la théorie de l'excès de pouvoir n'était pas encore bien établie, et

cette coïncidence s'explique très bien par le lien qui unit la théorie de l'excès aux actes discrétionnaires, qu'on ne peut attaquer que pour excès de pouvoir.

En remontant un peu en arrière, on voit, en effet, que, pendant la période du premier Empire, la théorie de l'excès de pouvoir est encore hésitante et timide : elle se borne à établir un recours direct contre les arrêtés préfectoraux pour incompétence, quand les préfets ont empiété sur les pouvoirs des tribunaux judiciaires ou des juridictions administratives.

Sous la Restauration, la jurisprudence commence à se dessiner. Une ordonnance de 1828 dit : « C'est devant nous, en notre Conseil d'État, que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompétence et excès de pouvoir. » La même doctrine est consacrée en 1826. En 1829, nouveau pas en avant : interprétant l'article 13 de la loi de 1818 sur le recrutement de l'armée, aux termes duquel les décisions du jury de révision étaient définitives, le Conseil d'État admet le recours pour excès de pouvoir contre une décision d'un conseil de révision qui avait jugé à propos de se déjuger à quelques jours d'intervalle. (Conseil d'État, 21 janvier 1829.)

Outre l'incompétence et l'excès de pouvoir, le Conseil d'État admet encore le recours pour viola-

tion des formes substantielles. (Conseil d'État, 2 juillet 1820, 10 août 1828.)

Mais cette jurisprudence n'avait pas encore trouvé de point d'appui dans la loi et ne pouvait guère invoquer que l'intérêt des justiciables et le caractère propre aux juridictions administratives : c'est seulement sous le gouvernement de juillet, que le Conseil d'État crut avoir découvert, dans un texte de loi des 17-24 octobre 1790, le principe même de son droit en matière de recours pour excès de pouvoir. Ce texte porte : « Les recours pour incompétence à l'égard des corps administratifs sont portés au roi, chef de l'administration générale. » A la vérité, ce texte ne parle que du roi ; mais outre qu'à cette époque le Conseil d'État n'existait pas, du moins, sous la forme et avec le caractère qu'il a revêtus depuis, ces mots : « le roi chef de l'administration générale » suffisaient, en 1832, pour appliquer au Conseil d'État lui-même, c'est-à-dire au roi en son Conseil d'État, les pouvoirs que le législateur de 1790 attribuait au roi seul. Il est vrai encore que la loi de 1790 ne parle que d'incompétence ; mais, dit M. Aucoc, les deux expressions, incompétence et excès de pouvoir, étaient déjà indissolublement liées dans les précédents du Conseil d'État. La loi de 1790 couvrit donc toute la jurisprudence de son autorité ; et nous voyons dès lors le législateur adopter peu à peu la termino-

logie et, par conséquent, la doctrine du Conseil d'État. A cette époque, on comprit que la nécessité de protéger efficacement les intérêts privés commandait, non seulement de multiplier les cas de recours pour excès de pouvoir, mais d'attribuer à ces mots : excès de pouvoir, le sens le plus large. — Aussi, à partir de 1852, grâce aux dispositions du décret dit de décentralisation et comme correctif des nouveaux pouvoirs transférés aux préfets, le recours pour excès de pouvoir prit un développement considérable, et la jurisprudence du Conseil d'État s'affirma de plus en plus, jusqu'à la loi du 24 mai 1872. Celle-ci, en conférant au Conseil d'État un pouvoir propre de juridiction (art. 9), reconnut formellement ses anciennes attributions en matière d'excès de pouvoir. Il était nécessaire qu'elle s'exprimât sur ce point, car le Conseil d'État, n'étant plus désormais un simple auxiliaire du chef de l'État, la base de la loi de 1790 lui aurait fait absolument défaut. Depuis, tous les litiges élevés entre l'intérêt privé et l'intérêt général ont pu être soumis à la juridiction du tribunal suprême. Très large pour le recours contre les décisions des juridictions administratives, la jurisprudence devait l'être plus encore pour les recours contre les décisions des agents de l'administration, qui, étant chargés de la satisfaction des intérêts publics, sont souvent domi-

nés par la préoccupation du but à atteindre, qui ne statuent pas comme les juges, après un examen contradictoire, et qui, par conséquent, ont plus de chance de blesser, sans le vouloir, les droits des citoyens. Alors, il ne suffit pas que les citoyens puissent attaquer l'acte qui leur préjudicie devant le supérieur hiérarchique de ces agents, lequel est inspiré souvent par les mêmes préoccupations que les agents eux-mêmes ; il faut qu'ils puissent s'adresser à des magistrats qui, sans méconnaître les nécessités de l'action administrative, ont pour mission de faire toujours observer la loi.

Et c'est ainsi que les deux théories de l'excès de pouvoir et des actes discrétionnaires se sont développées parallèlement. Ce sont les graves considérations que nous venons de faire qui ont conduit le Conseil d'État à décider qu'un agent de l'administration commet un excès de pouvoir :

- 1^o Quand il sort des limites de sa compétence ;
 - 2^o Quand il ne suit pas les formes dans lesquelles la loi ou les règlements lui prescrivaient de prononcer ;
 - 3^o Quand il emploie le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour des cas ou des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été confié.
-

CHAPITRE PREMIER

Examen de la doctrine.

La plupart des auteurs qui se sont occupés des questions contentieuses, s'accordent pour distinguer le pouvoir gracieux et le pouvoir contentieux. Le premier est en cause quand un intérêt est froissé; au contraire, la lésion des droits concerne le pouvoir contentieux. Mais on est loin de s'entendre pour qualifier le pouvoir gracieux. On l'appelle arbitraire, discrétionnaire, administration pure, administration active, administration volontaire. Et encore cela n'est qu'affaire de mots; mais il n'y a guère plus d'entente au fond des choses. On abuse étrangement de ces deux mots : intérêt et droit; et après les avoir nettement déterminés pour en faire la base de la doctrine, on les emploie l'un pour l'autre, ce qui aboutit à la confusion.

Le premier auteur dont nous devons parler est de

Cormenin, qui fit paraître, en 1840, son ouvrage de Droit administratif. A l'entendre, il semble qu'il ne reste plus rien à faire pour la science, que l'œuvre est complète :

« L'art jurisprudentiel des distinctions a été poussé loin ; on sait aujourd'hui ce qui appartient aux préfets, aux conseils de préfecture, aux ministres, au Conseil d'État, au jury, aux tribunaux civils et correctionnels, au gouvernement. On a noté la mesure exacte de leurs droits et de leurs devoirs. On sait en quoi les formes ont été omises ou remplies, les fins de non recevoir ou déchéances encourues.....; en quoi une question ne touche qu'à un point de police, de gestion ministérielle ou de pure grâce, ou froisse des intérêts ou des droits qui donnent ouverture à une action positive ; en quoi ceci est judiciaire et ceci administratif, en quoi ceci est contentieux et ceci mixte..... »

De Cormenin sait donc beaucoup de choses, mais il nous dit : cela est, sans nous dire pourquoi. Comment distinguerons-nous le contentieux du gracieux ?

De Cormenin a consacré un chapitre tout entier à la réunion des décisions du Conseil d'État, relatives aux rejets de recours, et il a intitulé ce chapitre *du Rejet des Requêtes*. Il y a attaché beaucoup d'importance. Dans une des divisions de ce chapitre, on trouve que le rejet peut être prononcé *parce que la*

matière n'est pas contentieuse. Mais c'est en vain qu'on cherche encore la doctrine dans cette nomenclature sèche, qui n'apprend rien, qui n'est qu'une table. La jurisprudence applique des principes, elle les consacre ; où sont-ils ? Dans la note que l'auteur a placée sous l'intitulé du chapitre, il a exprimé le regret qu'il éprouvait de la suppression de l'ancien examen préalable de l'admissibilité des requêtes ; et sur le contentieux administratif, on lit ce qui suit :

« Voici d'après quelles règles générales le rapporteur procédait à cet examen.

« La première de toutes ces règles dérivait de la division même des affaires administratives et contentieuses.

« Il fallait donc, lorsqu'on étudiait une requête introductive, avoir cette grande division toujours présente et voir si, au lieu de statuer sur des intérêts privés, la décision attaquée ne statuait pas sur des intérêts publics, soit qu'elle organisât les relations des citoyens avec l'État, soit qu'elle établît des règles générales ou applicables à des classes entières d'intérêts privés mais collectifs et considérés sous des rapports d'ordre et de police.

« Ainsi, le rapporteur examinait d'abord si la requête était admissible *ratione materiæ* ou si elle était inadmissible, parce qu'elle attaquait une décision administrative ou gracieuse, qui n'est pas, de sa

nature, susceptible d'être déferée au roi en son Conseil d'Etat par la voie contentieuse..... » Mais tout cela manque de démonstration ; il n'y a que des affirmations et des faits.

Macarel a publié deux ouvrages sur le droit administratif. Dans le premier, *Eléments de jurisprudence administrative*, cet auteur définit ainsi les deux juridictions gracieuse et contentieuse, chapitre I, pages 4 et 5.

« La juridiction *gracieuse* comprend tout ce qui est pure faveur du souverain ; tout ce qui émane de son libre arbitre, de sa volonté spontanée ;.....

« La juridiction *contentieuse* comprend tout ce qui fait légalement obstacle à l'administration, lorsqu'en marchant elle froisse sur sa route les intérêts des particuliers. Elle naît même de la juridiction administrative et de la juridiction gracieuse, si les actes qui en émanent portent directement ou indirectement atteinte à la propriété des citoyens et aux diverses manières dont ils en jouissent ; ou si ces actes touchent à des droits acquis même par voie de concession administrative..... »

Quelle différence admet donc cet auteur entre la juridiction administrative, la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse ?

Quelle est la nature des intérêts qui produisent le contentieux ?

Quelle est la nature des actes qui peuvent, sans produire le contentieux, émaner du *libre arbitre*, de la *volonté spontanée* ?

Dans son second ouvrage des *Tribunaux administratifs*, Macarel consacre le chapitre V à l'examen des juridictions *gracieuse et contentieuse*.

Il s'appuie de l'autorité de M. Henrion de Pansey et de la loi romaine pour distinguer la juridiction volontaire, *magis imperii quam jurisdictionis* et la juridiction contentieuse, *magis jurisdictionis quam imperii*.

Cette opinion a été embrassée par l'école de Dijon et nous en reparlerons plus loin.

Sirey a cherché un des premiers à poser des principes en matière de compétence administrative, et ses opinions nous paraissent plus précises et plus justes que celles de ses contemporains. Il s'exprime en ces termes :

« Tous les ministres, dans leur marche administrative, sont sujets à rencontrer et à léser des intérêts privés. Il est reconnu que la marche administrative ne doit pas en être entravée ; qu'ils doivent atteindre leur but, l'utilité publique, ou l'exécution de la loi.

« Mais après que les ministres ont pourvu, selon leur sagesse, à l'exécution des lois ou à l'utilité publique, dans la branche d'administration qui leur est confiée, il est permis aux particuliers de faire leurs

réclamations, et si leurs droits sont tout autre chose que de simples intérêts, convenances ou facultés, s'ils ont bien le caractère de droits exigibles et rigoureux, si ces droits sont positivement fondés sur les lois civiles, administratives ou politiques, il y a nécessité de recourir à la justice, sur le fait de l'administration par voie de recours au roi, en son Conseil d'Etat, dans la forme contentieuse. »

Sirey dit encore :

« Que l'administration agisse comme bon lui semblera ; qu'elle combine à son gré tous les éléments de la prospérité publique : qu'elle concilie, avec une toute-puissance discrétionnaire, les intérêts privés avec l'intérêt général, son action doit être bénie par nous, s'il n'y a ni lésion de nos droits privés, ni entraves illégales à nos facultés naturelles.

« Que, s'il y a lésion de nos droits privés, en ce cas, il y a nécessairement action ou recours à la justice ou juridiction administrative.

« Et si nos facultés naturelles sont chargées d'entraves (qui ne soient pas momentanées et par force des circonstances), nous pouvons réclamer contre le règlement qui nous impose des liens, car nos facultés ne doivent recevoir de liens que de la loi.

« S'il en était autrement, nous ne serions plus sous le règne de la loi, nous serions sous le règne de l'arbitraire ; ou, comme l'a dit un noble pair, il y

aurait liberté dans la loi et arbitraire dans l'administration. »

De Gérando, tome I^{er}, page 96, parle ainsi du contentieux administratif :

« Il y a un contentieux administratif qui naît de la nature même des choses ; il en est un qui résulte des dispositions expresses des lois.

« Quelquefois, ils sont confondus ; les lois n'ayant fait qu'exprimer ce qui était dans la nature des choses.

« Le litige contentieux suppose toujours l'existence préalable d'un acte administratif.

« Il prend naissance avec la réclamation à laquelle cet acte donne lieu.

« Ainsi ce qui n'était à l'origine qu'une simple opération de l'administration active, se transforme en contentieux administratif, à l'occasion du préjudice qu'en ressent ou prétend en ressentir celui qui réclame.

« Dans le litige du contentieux administratif, la société se trouve toujours en cause.

« Ce litige n'est que la lutte réelle ou apparente de l'intérêt privé contre l'intérêt commun.

« Aussi pour le vider, suffit-il, le plus souvent, de bien définir l'un et l'autre de ces deux intérêts, ce qui peut faire évanouir l'opposition apparente.

« Enfin, pour que le litige conserve le caractère du contentieux administratif, il est nécessaire que la

réclamation ne se fonde sur aucun titre qui appartienne au droit commun.

« Mais si tout litige de ce genre suppose un acte préalable de l'administration, tout acte de l'administration n'est pas susceptible de faire surgir un litige. »

Sans doute, de Gérando a voulu parler des dispositions de la loi qui déclassaient une matière et la rendaient contentieuse, quoiqu'elle fût gracieuse, car le contentieux, quant à son caractère primordial, ne doit-il pas exister en dehors de toute disposition législative? En tous cas, il aurait dû définir ce qu'il entendait par *intérêt*, puisque, selon lui, le simple intérêt produit le contentieux.

Cotelle, tome I^{er}, page 146, a développé sa doctrine comme il suit :

« La juridiction administrative envisagée en elle-même est comme celle des tribunaux, de deux sortes, c'est-à-dire tantôt *volontaire* ou *gracieuse*, tantôt *contentieuse*.

« L'adoption des mesures d'intérêt général, telles que celles consistant à ouvrir de nouvelles routes dans un plan donné, à prescrire le dessèchement d'un marais qui répand des vapeurs malfaisantes et contraires à la santé publique, à rendre navigables des rivières qui ne le sont pas naturellement ; l'adoption de semblables mesures ne peut pas rencontrer un obstacle sérieux dans l'opposition des

particuliers qui peuvent être froissés. En effet, la propriété doit se soumettre aux sacrifices que l'utilité publique exige d'elle, sauf une juste et préalable indemnité ;

« Ainsi donc, devant l'intérêt public tout droit privé s'efface et n'offre, au surplus, qu'un intérêt de moindre importance qui est susceptible d'être compensé en argent.

« On ne peut pas établir une manufacture susceptible de répandre des odeurs incommodes ou dangereuses, sans une autorisation qui fixe la distance à laquelle cet établissement sera formé, par rapport aux habitations voisines ; il n'est pas permis davantage de construire des moulins sur des cours d'eau sans une permission pour établir le déversoir, en réglant la hauteur de la retenue des eaux. — Dans ce cas aussi l'administration met en balance l'intérêt public et l'intérêt privé, pour ne donner satisfaction à celui-ci qu'autant que le premier n'en éprouvera aucune souffrance.

« Sans nul doute, l'administration, afin de peser, dans sa prudence et son équité, les avantages et les inconvénients des différents partis qu'elle peut embrasser, accueillera les pétitions, les observations, les mémoires qui ne manqueront pas de lui être présentés..... La discussion la plus animée, l'investigation la plus consciencieuse ne fera pas qu'il y ait

procès, si l'administration n'est pas arrêtée dans sa marche, par l'inconvénient d'avoir blessé *un droit*, qui, s'abritant sous une loi qui le protège, résiste à cette atteinte et demande une pleine et entière juridiction » ;

Il faut convenir que les idées de Cotelle nous paraissent assez nettement exprimées ; mais peut-on dire que devant l'intérêt public tout droit privé s'efface et n'offre au surplus qu'un intérêt de moindre importance qui est susceptible d'être compensé en argent ? D'autre part, pour qu'il y ait contentieux, est-il indispensable qu'un *droit* soit violé, droit s'abritant sous une loi qui le protège ? Nous montrerons plus loin que tel n'est pas notre avis.

Chevalier, dans sa *Jurisprudence administrative*, après avoir constaté les cas dans lesquels la loi elle-même parle du recours contentieux, ajoute, page XIX :

« Mais si la loi se tait et si le fonctionnaire administrateur d'abord et juge par occasion seulement, prononce, non en vertu d'une disposition spéciale, mais en vertu des pouvoirs généraux dont il est investi, comment discerner ce qui rentre dans la voie gracieuse de ce qui est contentieux ? C'est là réellement que la difficulté commence, c'est ce qu'il faut résoudre :

« Les rapports entre l'administration et les citoyens

sont de deux espèces : ou ils tiennent à l'exercice plein et entier de la puissance exécutive ; ce sont alors des actes que nous appellerons politiques, parce qu'ils concernent ou la police, ou la sûreté intérieure ou extérieure, ou le bien-être du pays en général, ou son organisation ;

« Ou bien ce sont.....

« Les actes de la première espèce ne sont jamais compris dans le contentieux administratif. En effet, l'administration doit être pour ces actes libre de toute entrave, et comme ils sont politiques, elle ne peut en répondre à la barre d'un tribunal quelconque, même choisi et placé dans son sein, mais seulement aux pouvoirs politiques de la société.

«L'exercice de la puissance exécutive est confié à des fonctionnaires qui, dans le cercle de leurs attributions politiques, agissent avec toute liberté, mais sur lesquels pèse la responsabilité écrite dans l'article 12 de la charte et sanctionnée par l'art. 47.

« Les actes de la seconde espèce font au contraire essentiellement partie du contentieux administratif. »

Chevalier nous paraît confondre les actes d'administration et les actes de gouvernement, que nous distinguerons avec soin dans la suite. Du reste, il est beaucoup trop restrictif dans la délimitation du contentieux.

Foucart, au sujet de la forme des recours administratifs, dit :

« Puisque l'administration admet dans l'intérêt des individus des recours contre ses décisions, elle a dû déterminer les formes à suivre pour les exercer, instituer des autorités chargées de réformer les actes des administrateurs inférieurs. La forme de ces recours varie suivant la nature des actes.

« Lorsqu'il s'agit des matières appartenant à l'action gouvernementale ou à l'action administrative pure, comme rien ne doit gêner dans sa marche le pouvoir *discrétiionnaire*, le recours se termine au ministre responsable ; il a lieu par simple pétition ; il n'est soumis à aucune forme particulière. Nous disons que le recours se termine au ministre, quoique cependant on puisse toujours se pourvoir au roi par voie de pétition ; mais ces sortes de pourvois sont suivis d'un renvoi au ministre compétent et il ne reste au réclamant, quand le ministre ne se réforme pas, que le recours aux Chambres.....

« Lorsqu'il ne s'agit plus de prononcer sur de simples intérêts, mais bien de statuer sur des droits que la raison d'Etat soumet exceptionnellement au jugement de l'autorité administrative, comme dans l'exemple que nous avons cité tout à l'heure, l'administration n'a plus seulement son caractère *discrétiionnaire* ; elle exerce une véritable juridiction, puis-

qu'elle prononce, après provocation des parties, sur un litige, élevé entre elle et des particuliers, ou quelquefois entre particuliers touchant l'application de la loi à un fait dont l'existence et les conséquences sont contestées. Alors l'administration emprunte les formes de l'autorité judiciaire ; elle a des tribunaux de première instance, les conseils de préfecture, un tribunal supérieur d'appel et de cassation, le Conseil d'État ; les parties sont assujetties à une procédure qui détermine les formes et les délais de la demande, les moyens d'instruction, la forme et les effets du jugement ; c'est là véritablement le contentieux administratif.

« Entre ces deux extrêmes se trouve une classe d'affaires qui participe du contentieux par la forme de procéder et qui rentre cependant dans l'administration *discrétionnaire* par la nature des questions à décider ; cette classe comprend les réclamations fondées sur des intérêts assez importants pour que la loi et quelquefois la jurisprudence les ait entourés des mêmes garanties que les droits, en permettant aux particuliers d'exercer un recours par la voie contentieuse et en renvoyant au Conseil d'État le jugement de leurs réclamations.

« La distinction entre ces deux classes d'affaires, dont les unes sont décidées souverainement par l'autorité purement administrative, dont les autres

sont portées dans la forme contentieuse devant le Conseil d'État, est malheureusement assez obscure ; quelquefois une disposition de loi ou d'ordonnance statue sur la marche à suivre : alors il n'y a pas de difficulté ; c'est ainsi que l'art. 90 du Code forestier décide que, lorsqu'il s'agit de la conversion en bois et de l'aménagement de terrains en pâturages dans les bois des communes soumis au régime forestier, la proposition de l'administration est communiquée aux maires et aux conseils municipaux, et que dans le cas de contestation il est statué par le Conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État ; que l'art. 8 du décret du 15 octobre 1810 renvoie au Conseil de préfecture les réclamations qui s'élèvent contre les décisions prises par l'administration active sur les demandes en formation d'ateliers insalubres de la 3^e classe, etc. ; quant à la jurisprudence elle n'a posé jusqu'ici aucun principe général ; lorsqu'un pourvoi est dirigé contre un acte administratif qui lui paraît émaner du pouvoir *discrétionnaire*, le Conseil d'État repousse en disant qu'il s'agit d'un acte d'administration publique et d'intérêt général qui ne peut faire l'objet d'un recours par la voie administrative. Du reste, il n'a jamais déterminé à quel caractère on devait reconnaître ces sortes d'actes, distinction difficile, parce que d'un côté l'administration peut toujours invoquer l'intérêt général, et

que d'un autre côté tous ses actes peuvent être l'objet des réclamations des particuliers lésés dans leurs intérêts.

« Voici une règle que nous croyons pouvoir établir plutôt comme une théorie que comme application de la jurisprudence qui nous paraît très confuse. Les actes de l'administration active ne doivent pas, en thèse générale, être soumis à la juridiction du Conseil d'État, juge suprême du contentieux, parce que le pouvoir *discrétionnaire* et par conséquent la responsabilité de l'administration seraient détruits ; mais lorsque faisant usage de son pouvoir *discrétionnaire* l'autorité administrative a porté un règlement général, les difficultés qui s'élèvent sur son application entre des particuliers et des agents de l'administration, peuvent sans inconvénient être portés au Conseil d'État, parce qu'ici le pouvoir *discrétionnaire* n'est pas compromis et que les particuliers puisent un droit dans l'acte administratif dont on leur fait l'application. C'est d'après ces principes que nous pensons qu'un particulier peut réclamer par la voie contentieuse contre une décision du ministre confirmative d'un arrêté du préfet, s'il soutient que cet arrêté fait à son égard une mauvaise application d'un alignement réglé par une ordonnance royale, mais qu'il ne peut réclamer que devant le ministre, s'il n'y a pas d'ordonnance, parce que la

détermination de l'alignement n'étant pas faite par un acte général, reste dans les attributions du pouvoir *discrétaire pur*.

« On trouve dans l'excellent ouvrage de M. de Cormenin, au mot *rejet des requêtes*, le résumé complet et méthodique de la procédure du Conseil d'État sur les cas de non admissibilité du pourvoi par la voie contentieuse. Nous ne pouvons que renvoyer à ce chapitre qui est, comme dit l'auteur, l'un des plus importants de son livre, indispensable lui-même à toutes les personnes qui s'occupent du contentieux. »

Nous reprochons d'abord à M. Foucart de ne pas établir une distinction plus franche entre l'administration et la juridiction. Cette distinction existait cependant déjà à l'époque où écrivait l'auteur. En outre, puisque M. Foucart constate la confusion de la jurisprudence en ce qui concerne les actes discrétionnaires, comment peut-il nous renvoyer à un chapitre dans lequel M. de Cormenin a réuni les décisions de cette jurisprudence sans les juger, ni les apprécier ? S'il pense que ce chapitre est un résumé complet et méthodique de la procédure du Conseil d'État, n'aurait-il pas bien fait d'essayer d'en dégager les règles ?

Proudhon (Traité du domaine public, tome Ier, page 184) définit ainsi le contentieux administratif :

« On entend en général par contentieux tout ce qui est contestable.

« Lorsque l'administration ordonne une chose qui ne dépend que de l'empire dont elle est constitutionnellement revêtue, il n'y a point de contentieux à élever contre elle ; puisqu'on ne peut lui contester le droit qu'elle exerce.

« Au contraire, lorsque le fait administratif est, pour sa légalité, soumis à des conditions fondées sur des droits acquis à quelques particuliers, il y a matière à contentieux, parce que ceux-ci doivent avoir la faculté de s'opposer à la violation de leurs droits et d'élever en conséquence toute contestation légitime à ce sujet.

« Le contentieux administratif a donc lieu lorsque la lésion pour laquelle on réclame a sa cause dans quelque opération ordonnée par l'administration et qu'il s'agit d'un intérêt, à raison duquel il est permis de la citer devant un tribunal dont la décision doit lui faire la loi comme à tout particulier.

« Toute la difficulté consiste donc à savoir distinguer les actes et les intérêts à raison desquels on peut ou non imposer à l'administration la loi d'un jugement autre que celui qu'elle aurait porté elle-même.

« Pour éclaircir cette difficulté, il nous faut reprendre les choses de plus haut, en remontant au principe constitutionnel de la compétence du pouvoir exécutif.

« Il a dans ses attributions, pour l'intérieur de l'État, la direction dispositive de toutes les matières purement administratives ; telles que le tracé et l'établissement des routes et des canaux de navigation intérieure ; la conclusion des marchés avec les entrepreneurs des travaux publics ; l'établissement des plans généraux d'alignement dans les villes ; les règlements sur les directions des eaux dont nous parlerons amplement dans la suite ; la répartition des impôts directs décrétés par la législature ; toutes les mesures sanitaires ou de salubrité, et autres, à prescrire pour la sûreté et la tranquillité publique, etc...

« Sur quoi il ne faut pas perdre de vue, que, comme on l'a déjà dit ailleurs, ce pouvoir, qui se confond avec le gouvernement lui-même, n'envisage et ne recherche immédiatement que ce qui est avantageux au bien des masses ou aux intérêts collectifs, et qu'aucun intérêt individuel ne doit l'arrêter dans sa marche, soit parce qu'étant constitutionnellement chargé de gouverner, il faut bien qu'il ait l'autorité nécessaire pour accomplir irrésistiblement son mandat ; soit parce que l'intérêt privé devant toujours céder à l'intérêt public, nul ne peut avoir le droit de mettre obstacle à ce qui est prescrit pour le bien général.

« A la vérité, lorsque les travaux prescrits par l'administration causent une lésion dans les droits

légitimement acquis à un tiers, celui-ci est bien fondé à demander une indemnité ; il peut aussi, en s'adressant à l'administration elle-même, lui représenter que la route ou le canal dont elle a ordonné l'établissement seraient plus convenablement tracés ailleurs ; mais il ne pourrait exiger que les choses fussent conservées dans leur état primitif, et il n'y a aucune autorité judiciaire qui puisse l'ordonner ainsi, puisque l'administration active agissant en souveraine dans les matières de sa compétence ne doit subir la loi d'aucun jugement étranger à celui qu'elle rend elle-même. Il n'y a donc point ici de contentieux et l'on doit appliquer à tous les cas énumérés ci-dessus et autres de même nature la règle établie par la loi romaine, suivant laquelle les magistratures subalternes sont incompétentes dans tout ce qui appartient à l'empire : *Ea quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.* »

Quoique la doctrine de Proudhon nous paraisse de nature à produire cette conséquence, que la matière est contentieuse seulement en cas de violation d'un droit acquis, on peut se demander cependant dans quelles limites l'administration pourra user de cet empire dont elle est constitutionnellement revêtue. Un simple intérêt suffira-t-il pour légitimer l'action ? Reconnaissons toutefois que M. Proudhon

est un des premiers à parler de la légalité des actes.

Serrigny, reprenant la doctrine de *Macarel*, se fonde surtout sur les lois romaines :

« L'administration du royaume est une des branches de la puissance exécutive que l'article 12 de la charte confie à la Royauté.

« Le pouvoir administratif se produit sous une double forme : tantôt en réglementant, tantôt en agissant sur les administrés. Dans les deux cas il est possible que ses règlements ou ses actes rencontrent l'intérêt privé des citoyens, et froissent ceux-ci dans leurs droits. Ces droits lésés doivent être admis à faire entendre leurs réclamations. L'administration, saisie de ces réclamations, exerce alors une nouvelle fonction. Elle écoute les plaintes, les griefs qu'ont fait naître les actes de ses agents ; elle en apprécie le mérite et les accueille ou les rejette suivant qu'elle les trouve bien ou mal fondés.

« La nature des fonctions administratives présente donc des caractères essentiellement différents. Tantôt l'administration se manifeste sous la forme d'action par des actes de commandements généraux ou particuliers, soit qu'elle réglemente, soit qu'elle fasse l'application de ses lois ou de ses règlements. Tantôt elle se manifeste en statuant sur les réclamations que ses commandements ont fait naître.

« Cette double nature des actes du pouvoir se trouve caractérisée avec toute l'énergie et la précision des grands jurisconsultes de Rome dans la loi 3 ff. *de jurisdictione* : *Imperium aut merum aut mixtum est*, dit Ulpien. *Merum est imperium... quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium cui etiam jurisdictio inest.*

« Les actes de l'administration publique en France, sans être identiques à ceux de cette puissance dont parle Ulpien, ont aussi une double nature : tantôt ils se produisent sous la forme pure du commandement, *imperium* ; tantôt ils tiennent de la juridiction ou du pouvoir de juger, et participent de la nature du jugement plus que de celle du commandement, *imperium cui inest jurisdictio.*

« Quand l'administration publique fait des règlements pour l'exécution des lois ou qu'elle en fait l'application aux cas particuliers qui se présentent, elle exerce l'*imperium merum* ; elle se borne à commander l'obéissance aux citoyens. Mais quand l'administration statue sur les réclamations soulevées par des intérêts opposés, après des débats contradictoires, elle exerce l'*imperium mixtum*, c'est-à-dire qu'elle use du pouvoir de juger ou de la juridiction attachée à son commandement.

« Ainsi réglementer, agir, c'est administrer ; lever les obstacles en prononçant sur les réclamations que

soulève l'action administrative, c'est encore faire acte d'administration. L'administration ne serait pas entière, ne serait pas complète, si, au moindre obstacle que rencontre l'action de ses agents, elle était obligée de s'arrêter, sans pouvoir le surmonter. Ce serait un pouvoir entravé à chaque pas et entièrement hors d'état de se mouvoir, s'il ne renfermait pas en lui-même le droit de juger la validité des oppositions qu'il fait naître, s'il n'avait pas cet *imperium mixtum, cui etiam inest jurisdictio*.

« Cela posé, on doit diviser l'autorité administrative en *administration pure* et en *administration contentieuse*. La première consiste dans l'exercice de l'*imperium merum*; et la seconde dans le droit de juridiction inhérent à l'autorité du commandement dont le roi est investi par les articles 12 et 13 de la Charte, ou dans l'*imperium mixtum*. Quelques exemples vont faire sentir ces différences. »

Dans la section suivante, page 26, n° 23, Serrigny continue ainsi :

« La loi 3 ff. *de jurisdictione*, déjà citée, nous fournira la base de la distinction établie plus haut. Nous avons vu que l'administration exerçait tantôt l'*imperium merum*, tantôt l'*imperium mixtum*. Nous tirons de là la règle suivante, qui est fondamentale.

« *Première règle*. Les actes qui sont de pur commandement font partie de l'administration active ;

ceux, au contraire, qui rentrent dans l'*imperium mixtum*, cui inest *jurisdictio*, sont compris dans le contentieux administratif. En d'autres termes, on peut appliquer à l'administration contentieuse ce que le jurisconsulte Paul disait, en parlant aux municipaux des cités romaines : *Ea quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest*. (L. 26, ff. *ad municipalem*.)

« Nous disons donc en thèse, que les actes qui sont *magis imperii quam jurisdictionis*, appartiennent à l'administration active : et que ceux, au contraire, qui sont *magis jurisdictionis quam imperii*, rentrent dans le contentieux de l'administration. »

A notre avis, ce langage scientifique ne doit pas être appliqué à notre droit administratif : ainsi l'a pensé M. Henrion de Pansey, qui l'approprie seulement au contentieux judiciaire. Nous craignons même qu'il ne donne de fausses idées sur la séparation des pouvoirs et sur la compétence administrative. Il nous serait facile, à l'aide de quelques aperçus historiques, de démontrer que l'*imperium mixtum*, dont parlaient les jurisconsultes romains, était notre pouvoir judiciaire, et non notre pouvoir contentieux administratif, création moderne, œuvre de la grande pensée de l'Assemblée Constituante, mais nous chercherions ainsi querelle à M. Serrigny qui n'attache peut-être pas aux mots qu'il emploie le

même sens que le droit romain, essayant seulement de mieux faire comprendre sa pensée.

La difficulté reste donc toujours de savoir, non pas ce que les Romains entendaient par *imperium merum*, ou *imperium mixtum cui inest jurisdictio*, mais ce que nous devons entendre par le pouvoir gracieux et le pouvoir contentieux.

Serrigny ne nous satisfait pas beaucoup plus, lorsque, s'exprimant d'une façon précise, il dit :

« *Quatrième règle* : On connaît qu'un acte émane du pouvoir discrétionnaire de l'administration, lorsqu'il blesse non un droit consacré par la loi, mais un simple intérêt du réclamant. »

Au contraire, nous ne saurions que l'approuver lorsqu'il prétend que « l'omission ou la violation des formes établies par les lois et règlements suffit en général pour faire passer un acte de pure administration dans la classe des actes qui donnent ouverture à la voie contentieuse. »

Avec MM. Aucoc et Bathie, la théorie des actes discrétionnaires ne semble pas faire un grand pas ; ils n'exposent rien de précis, bien que les caractères essentiels soient déjà notés.

Il faut arriver à MM. Ducrocq et Hauriou pour trouver des notions plus exactes. M. Hauriou nous donne la définition suivante : « Les actes d'administration discrétionnaire ou actes de pure administra-

tion ou encore actes de haute administration sont ceux contre lesquels le recours pour excès de pouvoir est recevable en principe, mais contre lesquels, cependant, il ne saurait être tenté du chef de la violation de la loi ou des droits acquis. »

Enfin, M. Laferrière, dans son excellent ouvrage sur la juridiction administrative, consacre quelques pages à notre sujet. Bien que la définition qu'il propose nous semble défectueuse, nous reconnaissons que, jusqu'ici, on n'a rien écrit de mieux sur la matière.

Avec ces derniers auteurs nous sommes alors loin du temps où le duc de Broglie soutenait dans un article retentissant, paru dans la *Revue française* (1828), que le contentieux administratif devait comprendre seulement : « les réclamations élevées sur le mérite, la justice, l'opportunité d'une mesure prise par le gouvernement *discrétionnairement* et dans les limites de ses pouvoirs ». Le duc de Broglie renvoyait toutes les autres questions aux tribunaux judiciaires !

CHAPITRE II

Nature de l'acte discrétionnaire. — Définition. — Différences avec l'acte de gouvernement.

La discussion des diverses théories et opinions émises sur la matière des actes discrétionnaires nous a appris qu'on dit assez généralement que ce sont des actes « qui échappent au recours contentieux, parce qu'ils ne violent pas de droits acquis ». Or, si l'on examine de près cette définition, on voit qu'elle est mauvaise, car elle renferme une pétition de principe. Qu'est-ce en effet qu'un droit acquis ? C'est un droit dont le titulaire lésé peut recourir devant l'autorité compétente pour le faire respecter. En adoptant la formule courante, on définit la chose par elle-même.

Cette critique, du reste, n'est pas la seule que l'on puisse adresser à ceux qui se contentent d'une pareille définition. Nous ferons remarquer que le mot « droit » n'a pas en droit administratif le même

sens qu'en droit civil. Si encore cela était, on pourrait se reporter à la catégorie des droits civils et on saurait, d'après ces auteurs, si le recours est recevable ou non. Mais il en est autrement : non seulement, comme le veut le droit civil, peuvent agir en justice, ceux qui ont été parties dans un acte administratif, mais tous ceux dont les droits ont pu et peuvent être lésés par la mesure prise. La plupart des actes administratifs ne sont pas des actes entre parties. Il n'est fait d'exception à cet égard que pour les actes contractuels dans lesquels l'administration stipule pour ses intérêts privés. Ce sont plutôt des actes d'intérêt public en général qui peuvent froisser des droits ou des intérêts par le fait même de leur exécution ou des prohibitions qu'ils contiennent. En outre, il n'est pas toujours bien facile de préciser le sens du mot « droit » par opposition au mot « intérêt », de dire où commence l'un et où l'autre finit. Mais sans insister sur ce point et en admettant que la distinction soit faite, nous prétendons que les questions contentieuses naissent souvent de l'allégation d'un simple intérêt et qu'elles ne naissent pas toujours du froissement d'un droit.

D'une part, il ne faut pas croire que la réclamation soit contentieuse par cela seul qu'elle s'élève à l'occasion d'un droit froissé. Les décisions administratives agissant dans le but de l'intérêt général peuvent

froisser très légalement soit un droit personnel, soit un droit réel; ainsi, par exemple, l'arrêté du maire ordonnant de balayer les rues froisse la liberté individuelle; l'arrêté du préfet, qui établit un chemin de halage sur le bord d'une rivière navigable, l'arrêté du préfet qui détermine les parcelles d'immeubles à exproprier pour la confection d'un chemin de fer, froissent essentiellement le droit de propriété; cependant ils ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse. Ce n'est point, comme l'a dit M. Chauveau, une exception, un déclassement, c'est une application du principe qui donne au pouvoir exécutif, dans de certaines limites, une autorité discrétionnaire assez puissante pour modifier des droits.

D'autre part, le droit administratif, plus large que le droit civil, admet que les tribunaux prononcent en certains cas sur des difficultés qui ne concernent pas l'appréciation d'un droit, sur des réclamations qui ne sont pas fondées sur un droit, et dans lesquelles la lésion d'un simple intérêt suffit à légitimer l'action. Sans doute, en règle générale, ce simple intérêt méconnu ne donne pas ouverture au recours; et c'est par application de cette règle que l'on considère comme n'étant pas susceptibles de contentieux les actes préparatoires, les mesures d'instruction. Mais il est nécessaire de reconnaître que le législateur n'a pas fait de cette règle une application tou-

jours rigoureuse ; il y a apporté d'assez graves et, disons-le, d'assez libérales exceptions.

En matière d'autorisation d'établissements incommodes et insalubres, l'autorisation accordée ou le défaut d'autorisation, font surgir un contentieux devant le Conseil d'État ou devant le conseil de préfecture, selon les cas ; or, on ne peut dire qu'il y a, soit pour créer, soit pour s'opposer à la création un droit acquis en faveur de l'industriel ou des tiers opposants. (Décret du 15 octobre 1810.)

Aux termes de l'article 64 et suivants de la loi municipale du 5 avril 1884, un recours contentieux est ouvert à toutes parties intéressées et aux préfets, bien qu'il n'y ait souvent pas de droit personnel et direct violé, contre toute délibération du conseil municipal.

D'après la loi du 17 juillet 1874, un recours est ouvert aux propriétaires de forêts incendiées en Algérie, contre la décision du gouverneur général, réparant le produit des amendes prononcées contre les tribus arabes incendiaires, bien qu'ils n'aient pas le droit de réclamer l'imposition d'amendes.

La loi du 28 août 1881 (art. 31) ouvre le recours contentieux au profit de tout intéressé à la formation d'un syndicat pour le redressement ou l'élargissement d'un chemin rural.

En matière de travaux publics tout particulier a

une action en indemnité lorsqu'il a éprouvé un dommage et cela même si le dommage se produit longtemps après les travaux. L'indemnité est due non seulement lorsque des murs sont ébranlés ou renversés, mais encore lorsque des maisons sont privées d'une partie des jours et de l'air dont elles jouissaient, lorsque l'accès des propriétés est rendu moins facile par l'exhaussement ou l'abaissement de la voie publique, lorsque les travaux occasionnent des amas d'eau entre ces propriétés et la voie publique.

On peut dire, en somme, qu'il suffit que le dommage soit la conséquence certaine des travaux pour que le droit à indemnité soit ouvert.

Au contraire, il n'est pas dû d'indemnité pour un allongement de parcours, résultant du déplacement d'une voie publique, ni lorsqu'une rue est fermée à l'une de ses extrémités et reste par l'autre en communication avec d'autres rues, ni lorsque la circulation est gênée momentanément.

Il n'est pas dû d'indemnité pour l'établissement de lignes télégraphiques ou téléphoniques quand l'atteinte à la propriété n'entraîne pas dépossession. (Loi du 28 juillet 1885.)

Ces quelques exemples ne prouvent-ils pas suffisamment que le simple intérêt peut ouvrir la voie du recours contentieux ?

Il est donc inexact de dire que les actes discrétion-

naires sont ceux qui ne sont pas susceptibles de recours, parce qu'ils ne violent pas des droits acquis. La formule courante n'est pas juste; nous ne pouvons l'adopter.

Mais il ne suffit pas de détruire; il faut construire. Nous allons essayer, sinon d'établir un autre critérium des actes discrétionnaires, du moins de donner quelques indications qui pourront servir de base à une théorie plus rationnelle.

L'autorité administrative a besoin d'indépendance, comme elle a besoin d'unité. Si, dans la sphère d'action qui lui est réservée par la Constitution, elle rencontre à chaque instant des obstacles qu'elle ne pût franchir ou qui fussent seulement de nature à ralentir sa marche, les services auxquels elle est obligée de pourvoir resteraient en souffrance; l'ordre social serait compromis et la responsabilité de ses agents deviendrait impossible. Toute responsabilité implique liberté. En tant qu'elle est préposée à la garde de l'intérêt public, l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance qui est un des attributs du pouvoir exécutif; elle est chargée de faire exécuter les lois, d'édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer et faciliter leur application, de régler la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police; elle intervient par

voie de prescriptions générales, d'injonctions, de défenses adressées à ceux qui s'écartent des règles prescrites ou qui nuisent à l'intérêt général. L'administration agit alors comme autorité, comme puissance : et ses actes sont dits actes de commandement ou de puissance publique. Dans l'accomplissement de cette mission, l'administration rencontre nécessairement des intérêts rivaux de ceux qu'elle doit servir et aussi des droits opposés à ceux qu'elle prétend avoir. Le contribuable à qui elle réclame un impôt, le concessionnaire de travaux publics avec qui elle est en désaccord pour l'exécution d'un marché, le citoyen ou l'autorité locale à qui elle adresse ses prescriptions ou ses défenses peuvent se trouver lésés dans leurs intérêts ou dans leurs droits et réclamer contre ses décisions. Une société en effet ne peut exister sans imposer des sacrifices aux intérêts particuliers au profit de l'intérêt général. Il faut, pour comprendre cette nécessité et s'y soumettre volontairement, une étendue d'esprit malheureusement assez rare ; on admet le principe, on veut bien jouir des avantages qu'il procure, mais on s'élève contre tout ce qui froisse dans ses conséquences les plus nécessaires. Eh bien, dans toutes ces contestations, il faut reconnaître à l'administration la faculté d'apprécier librement l'opposition qui se produit entre l'intérêt général et l'intérêt particulier et de faire

pencher la balance du côté où la bonne gestion des affaires publiques semble incliner. C'est à elle qu'il appartient de juger de l'utilité et de l'opportunité des mesures à prendre, car le législateur l'a constituée arbitre des besoins sociaux. Si une partie est lésée, elle ne peut que solliciter et se plaindre et toutes ses réclamations doivent être portées à l'autorité administrative elle-même qui apprécie leur légitimité, comme elle a apprécié la nécessité de la mesure prise.

Donc le caractère essentiel de l'acte discrétionnaire, c'est d'être soumis à la liberté d'appréciation de l'autorité administrative.

Cependant, il ne faudrait pas exagérer l'étendue de cette liberté et la pousser jusqu'à la tyrannie. Ce principe de liberté que nous reconnaissons comme nécessaire se trouve limité en se heurtant à d'autres principes essentiels. Il y a des bornes à l'omnipotence administrative. D'après une jurisprudence constante depuis longtemps déjà, il est établi que, pour jouir de cette immunité, l'administration doit suivre les règles de compétence assignées par le législateur et observer les formes prescrites pour l'accomplissement de sa mission. Ainsi la révocation d'un fonctionnaire ne donne pas lieu, en principe, au recours contentieux ; c'est un acte arbitraire ; mais si la révocation a été subordonnée par la loi à

certaines conditions que l'on n'a pas observées, le recours devient possible. Cette remarque est particulièrement importante pour les officiers. Il en est de même dans le cas d'incompétence et de détournement de pouvoir.

Ainsi, gardons-nous de dire que les actes discrétionnaires échappent à tout recours contentieux. Ce qui est vrai, c'est que ces sortes de décisions ne comportent pas de discussion sur le terrain des droits acquis, c'est-à-dire qu'ils n'admettent pas de recours fondés sur la violation ou la lésion de ces droits.

Ces solutions ne font pas plus de doute en doctrine qu'en jurisprudence. On lit dans le traité de la compétence administrative de M. Serrigny (tome I^{er}, page 35) : « Si l'acte émané de l'autorité exécutive est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, il est de pure administration ; mais l'omission ou la violation des formes établies par les lois et règlements suffit en général pour faire passer un acte de pure administration dans la classe des actes qui donnent ouverture à la voie contentieuse. »

On lit aussi, à l'article Conseil d'État (nos 74 et suiv.) de M. Dalloz : « Remarquons que les actes de pure administration peuvent être déférés au Conseil d'État par voie contentieuse, lorsque le fonctionnaire dont ils émanent ne s'est pas renfermé dans les limites des lois et règlements. »

M. Hauriou (page 287) dit :

« Les actes d'administration discrétionnaire ou de pure administration sont ceux contre lesquels le recours pour excès de pouvoir est recevable en principe, mais contre lesquels cependant il ne saurait être tenté du chef de la violation de la loi ou des droits acquis. »

M. Laferrière, dans son ouvrage sur la juridiction administrative, donne des notions encore plus précises, et M. Pillet, à son cours, s'est exprimé en ces termes : « Toutefois, il faut observer que pour que l'administration jouisse de cette immunité de juridiction, il est nécessaire qu'elle suive les règles de compétence assignées par le législateur et qu'elle observe les formes prescrites à l'accomplissement de sa mission. »

Le Conseil d'État a bien tenu compte de ces nuances dans plusieurs arrêts rendus depuis 1872. On peut citer notamment : l'arrêt du 10 juillet 1874 (de Grand'maison) sur un recours formé contre un décret approuvant un plan général d'alignement ; on y lit que « le décret attaqué constitue un acte d'administration pris par l'autorité administrative en vertu des pouvoirs qui lui ont été attribués par l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807, que, dès lors, il n'est susceptible de recours par la voie contentieuse que pour violation ou inobservation des

formes prescrites par la loi..... » — l'arrêt du 17 janvier 1879 (Spindler), rendu sur un recours contre un arrêté préfectoral qui prononçait le remplacement d'un médecin des indigents. Il porte que « le requérant n'est pas fondé à contester qu'il appartient au préfet de procéder à son remplacement en observant les mêmes formes... et qu'il n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État les motifs de cette mesure de pure administration ».

Ceci établi, après toutes les indications que nous avons données, ayant rapporté les opinions des meilleurs auteurs en les appuyant sur la jurisprudence, nous croyons le moment venu de risquer une définition :

Les actes discrétionnaires sont ceux que l'administration, pour satisfaire aux obligations et aux nécessités que lui impose sa mission, doit avoir la faculté d'accomplir sous sa libre appréciation.

Avec ce critérium, pensons-nous, il ne sera pas bien difficile de reconnaître le caractère discrétionnaire d'un acte. Pour cela, on se demandera si, en raison des circonstances sociales, il importe que l'administration puisse se mouvoir avec indépendance, et chaque fois que l'intérêt général exigera au profit de l'autorité cette liberté d'allures, on dira que l'acte est discrétionnaire. La conséquence qui résultera de ce caractère, c'est que l'acte échappera

au contrôle des tribunaux administratifs ou que, du moins, il ne pourra être attaqué devant eux que par les moyens d'annulation déjà indiqués, c'est-à-dire pour incompétence ou vice de forme, détournement de pouvoir.

Mais cela n'est qu'un effet, une conséquence de la nature de l'acte, de son caractère essentiel, et ne doit pas figurer dans une bonne définition. Ce n'est pas parce que certains actes échappent au recours contentieux qu'ils sont discrétionnaires, mais c'est parce qu'ils sont discrétionnaires qu'ils échappent au recours contentieux.

Voilà, à notre avis, la véritable notion de l'acte discrétionnaire.

La définition, que nous avons proposée, s'applique, du reste, également aux actes dits de haute administration qui ne sont, en réalité, qu'une variété des premiers et qui n'en diffèrent que par l'importance des décisions et par le rang élevé de l'autorité dont elles émanent. Cette dénomination a été quelquefois appliquée à des décrets prononçant la dissolution de corps administratifs électifs, créant ou modifiant des circonscriptions ecclésiastiques, supprimant des offices ministériels et à d'autres actes relevant de l'appréciation souveraine du chef de l'État. Si restreints que puissent être les moyens d'annulation opposables à ces décisions, on ne doit

pas dire qu'elles échappent par leur nature à tout recours pour excès de pouvoir; elles peuvent tomber sous la juridiction du Conseil d'État, si elles sont entachées d'incompétence ou de vice de forme. Aussi faut-il éviter de confondre, comme on l'a fait, les actes dits de haute administration, qui sont des actes administratifs, avec les actes de gouvernement dont la nature est différente.

Il existe, cependant, des actes tellement impersonnels qu'on ne pourrait reconnaître à un individu l'intérêt nécessaire pour contester. Il en est ainsi pour certains règlements d'ordre intérieur et on peut prétendre que ces actes ne sont même pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir au cas d'incompétence ou de vice de forme. Exemple : officiers qui se sont plaints de modifications dans leur uniforme (képi), ne les distinguant plus des officiers d'administration. (Conseil d'État, 13 novembre 1885. Serrigny et Dalard.)

Une autre observation très importante, concernant toute la classe des actes discrétionnaires, est que, même dans le cas où l'acte est entaché d'incompétence ou de vice de forme, il faut, pour l'admission du recours, que l'acte soit susceptible d'exécution; sans quoi, pas de réclamation possible.

C'est ainsi qu'un recours ne peut être formé contre un avis de quelque autorité qu'il émane. On

appelle avis, en matière administrative, l'opinion émise par un fonctionnaire ou par un corps constitué que l'autorité supérieure consulte sur une question spéciale. La forme, dans laquelle l'avis est émis, n'a pas non plus d'importance. Les conseils municipaux donnent leur avis sur certaines affaires qui touchent à l'intérêt communal. Les préfets et les conseils de préfecture statuent quelquefois par avis sous forme d'arrêtés. Les sous-préfets donnent un avis motivé pour l'instruction de certaines affaires. Toutefois, comme la qualification donnée par un fonctionnaire à sa décision ne saurait en changer la nature, l'acte par lequel il est statué peut ouvrir un recours, bien que la forme adoptée ait l'apparence d'un simple avis (23 janvier 1837).

On ne saurait non plus former un recours contre les instructions qu'un supérieur hiérarchique adresse à son subordonné sur la solution qu'une affaire doit recevoir. L'instruction n'est, en réalité, que l'avis ou l'ordre donné par le supérieur à l'inférieur ; elle ne peut aboutir à un recours que lorsque l'inférieur, y obéissant, a pris lui-même une décision ; jusque-là, elle ne forme qu'une mesure d'ordre intérieur administratif.

A plus forte raison, les circulaires ne sauraient-elles constituer la base d'une contestation juridique. Emanant d'une autorité supérieure, elles ont un ca-

ractère obligatoire pour les administrateurs auxquels elles s'adressent, et dont elles ont pour but de régler les opérations. Mais on ne saurait vouloir leur donner une valeur égale à celle d'un décret ; elles n'obligent pas les tiers et ne peuvent, par conséquent, être attaquées par eux au contentieux. Le recours ne devient possible qu'autant qu'une décision a fait à un tiers application individuelle de la circulaire, et que cette application entraîne d'ailleurs un cas de contentieux administratif.

La raison que nous venons d'exposer à propos des circulaires, fait que les diverses mesures d'instruction qui peuvent être prises au cours de l'étude d'une affaire administrative ne sont pas susceptibles de donner naissance à un recours contentieux.

Ces mesures sont des actes d'un ordre intérieur, destinées sans doute à préparer la solution définitive, mais qui n'ont pas par elles-mêmes le caractère de décisions juridiques. Ainsi, il a été plusieurs fois jugé que les arrêtés par lesquels un ministre ou un préfet désignait un fonctionnaire à l'effet de procéder à un examen ou à une étude préalable, n'étaient susceptibles d'aucun recours. (5 juin 1846 ; 17 novembre 1876.)

Lorsque l'acte, sans constituer un incident du dossier administratif, ne contient que l'expression de l'opinion de l'administration (sur un droit réclamé

par une partie), on ne doit y voir qu'un simple avis et non une décision. Sans doute, l'avis pourra devenir bientôt une décision, mais il n'a pas ce caractère au moment où il intervient. Il importe peu que cet avis soit donné par un fonctionnaire sur un objet qui relève de sa compétence (6 août 1881 ; 16 juin 1882 ; 25 juillet 1884) ou de la compétence d'un autre. (29 juin 1832 ; 14 juillet 1841 ; 20 juin 1884.)

Lorsque l'acte discrétionnaire est une simple promesse de décision future, telle que l'affirmation d'une règle éventuelle de conduite administrative, le contentieux ne peut naître que quand la décision est prise ou la règle suivie. Ainsi, quand un ministre, un préfet ou un maire prennent des arrêtés à l'effet de déterminer éventuellement la résolution administrative qui sera suivie dans une occasion donnée, le recours contentieux ne surgit que lorsqu'un droit privé est lésé par l'application de la résolution. L'arrêté n'est jusque-là qu'un *arrêté réglementaire* qui peut être réformé par la voie hiérarchique, mais non par un jugement.

Ainsi, il a été jugé, par exemple, qu'un recours ne pourrait être formé contre un arrêté préfectoral déclarant qu'à l'avenir, la direction d'une école communale confiée à un instituteur congréganiste, serait confiée à un laïque, cet arrêté ne faisant pas obstacle à ce que l'instituteur conserve ses fonctions tant

qu'un autre arrêté ne l'aurait pas remplacé. (Conseil d'État, 9 novembre 1889.)

Ayant ainsi essayé de donner une théorie des actes discrétionnaires, après avoir établi leur caractère distinctif, qui est la libre appréciation de l'administration, et avoir montré que ces actes, alors même qu'ils rempliraient les conditions pour donner lieu à un recours contentieux, n'en sont pas susceptibles, lorsqu'ils se présentent sous la forme d'instructions ou d'avis, nous croyons nécessaire de les distinguer des actes de gouvernement avec lesquels ils offrent de grandes analogies, au point qu'on a pu les confondre.

Si nous examinons la doctrine, nous voyons que beaucoup d'auteurs rangent certains actes, que nous considérons comme discrétionnaires, parmi les actes de gouvernement. Mais cette théorie est dangereuse ; il ne faut pas trop étendre les actes de gouvernement. Qu'entend-on d'abord par là ?

« L'acte de gouvernement, dit M. Pillet à son cours, est l'acte du pouvoir exécutif qui échappe à tout contentieux parce qu'il a paru que les besoins à la satisfaction desquels cet acte est destiné, seraient compromis, s'il tombait sous le pouvoir juridictionnel d'un tribunal quelconque. Voilà la seule idée sur laquelle on soit d'accord. » C'est qu'en effet des difficultés se présentent aussitôt. On discute pour

savoir quels sont les actes de gouvernement et des auteurs en nient jusqu'à l'existence. Trois grands systèmes sont en présence.

D'après le premier, les actes de gouvernement ne sont pas par leur nature différents des actes d'administration. Ce sont des actes d'administration faits dans un but politique.

D'après le second, le motif politique est repoussé. Les actes de gouvernement sont franchement déterminés; ils sont actes de gouvernement par leur nature.

Enfin dans le troisième système, M. Brémont, soutenu par M. Michoud, nie l'existence des actes de gouvernement ou prétend du moins que, s'il y a des actes qui ne peuvent donner recours au contentieux, il n'est pas nécessaire d'en faire une catégorie à part.

Nous rejetons avec MM. Brémont et Michoud la théorie des actes de gouvernement par nature, comme contraire aux textes qui ne font pas de distinction entre le gouvernement et l'administration et parce qu'il est trop délicat d'établir cette distinction qui sert de base à cette théorie. Nous rejetons de même la théorie de M. Michoud à cause des difficultés qu'elle présente; et, avec M. Pillet, nous admettons en la modifiant un peu la première théorie, celle du motif politique, qui nous paraît la meilleure.

Il est nécessaire en effet que dans toute organisa-

tion politique, certains actes soient soustraits au recours contentieux, et c'est naturellement au pouvoir exécutif qu'il appartient d'accomplir ces actes. Une législation, si bien faite qu'elle soit, ne peut prévoir tous les dangers et ne peut réglementer toutes les mesures urgentes que les circonstances peuvent commander. En outre le gouvernement est le seul parmi les pouvoirs qui puisse, grâce à la continuité de son action et à la force publique dont il dispose, conjurer les dangers imminents et prendre les mesures efficaces. La théorie du motif politique nous paraît juste en ce qu'elle pose en principe que les actes d'administration peuvent devenir actes de gouvernement par leur but, but plus important que celui des actes administratifs ordinaires.

D'après la jurisprudence, jusqu'en 1880, la théorie du but politique était trop élastique et laissait une part trop grande à l'administration. N'étant pas autre chose que celle de la *raison d'État*, elle donnait lieu à de fréquents abus et devenait très dangereuse pour les droits des particuliers, surtout en matière de sûreté publique. Le gouvernement, sous prétexte de sûreté publique, pouvait impunément violer les droits privés les plus incontestables, sans avoir à subir le contrôle d'aucune juridiction. Cette théorie est aujourd'hui entièrement abandonnée par la jurisprudence. Mais c'est à tort, selon nous. Il eût été

préférable de la conserver en la restreignant un peu, en enfermant le motif politique dans des limites plus étroites.

Pour nous, le seul but susceptible de transformer un acte administratif en acte de gouvernement, c'est la conservation et le salut de l'État. Dans ce cas seulement, l'intervention d'actes soustraits à toute juridiction nous paraît légitime et nécessaire. Et cela parce qu'en présence d'un danger qui menace la société, on comprend que les droits individuels dont cette société est garante cèdent et s'effacent tellement qu'il n'y ait plus possibilité d'un contentieux basé sur un intérêt privé. « Dans un gouvernement représentatif, disait M. Vivien, en 1849, sous le principe de la responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables d'un tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'opposition d'une juridiction quelconque. »

Donc les actes de gouvernement échappent au recours contentieux. C'est par là qu'ils se rapprochent des actes discrétionnaires. Quelles sont donc les différences qui séparent ces deux classes d'actes ?

D'abord les actes de gouvernement sont du ressort exclusif du gouvernement et ne rentrent pas dans les attributions de ses délégués. Les conventions diplomatiques, la déclaration d'état de siège, la dissolution de la Chambre des députés sont des actes propres au Président de la République, aux ministres ou aux Chambres et qui n'émanent jamais des autres autorités administratives. Au contraire, les actes discrétionnaires sont accomplis aussi bien par les maires ou les préfets que par les ministres ou le Président.

Une autre différence, c'est que les actes discrétionnaires n'échappent pas à tout recours contentieux ; ils sont susceptibles de réclamations devant les tribunaux administratifs pour incompétence, violation des formes ou détournement de pouvoir. — Rien de tel pour les actes de gouvernement, au sujet desquels le recours n'est jamais recevable. Il est vrai que, dans leur application, ils soulèvent quelquefois des questions contentieuses ; mais c'est parce qu'en tant qu'exécution ils ne sont plus actes de gouvernement.

Le critérium de la distinction est constitué par le caractère essentiel des actes de gouvernement. Ce

critérium, nous l'avons déjà indiqué : c'est le but de conservation de l'Etat. Chaque fois qu'en présence d'un acte, on s'accordera à reconnaître qu'il intéresse la conservation de l'État, cet acte sera déclaré acte de gouvernement et par conséquent échappera au recours contentieux. Sinon l'acte sera ou administratif ordinaire ou discrétionnaire. Dans le premier cas, il sera susceptible de recours devant les tribunaux administratifs, même pour violation de la loi et des droits ; dans le second cas, il pourra donner naissance à des questions contentieuses, mais à la condition d'être entaché d'incompétence, de vice de forme ou de détournement de pouvoir.

Mais cela admis, il ne faudrait pas croire que nous puissions, grâce au critérium indiqué, dresser une liste complète des actes discrétionnaires. Nous sommes dans un domaine infini, qui, se modifiant sans cesse avec les besoins de la société, se prête mal à une énumération. Aussi nous bornerons-nous, pour donner quelques détails sur les plus importants, à les ranger en différentes classes, en prenant pour base de notre classification les moyens de recours au Conseil d'État.

CHAPITRE III

Classification

S'il était possible d'établir une liste des actes d'administration susceptibles de contentieux, ou s'il existait un critérium pour les déterminer, on connaîtrait par là même ceux qui échappent au contentieux, c'est-à-dire les actes discrétionnaires. Mais, renfermer le contentieux administratif dans les termes d'une courte définition doctrinale, ou énumérer limitativement les affaires qui peuvent donner lieu à un recours devant la juridiction administrative, ne sont pas choses faciles. C'est avec raison que M. Laferrière fait remarquer qu'il n'existe pas, à proprement parler, de catégories d'affaires administratives, ayant par elles-mêmes le caractère contentieux ; toutes les affaires où des questions de légalité peuvent se soulever, étant par cela même susceptibles de devenir contentieuses.....

Un second motif tient à l'état de notre législation administrative. Notre droit public n'a pas été codifié comme notre droit civil, comme notre droit pénal. Ses règles générales, ses principes, n'ont pas été posés dans un nombre restreint d'articles. Le droit public ne se prête du reste que fort peu à la codification ou à aucune coordination analogue, ses règles s'étant formées, se formant encore au fur et à mesure que des intérêts généraux se créent en face des intérêts particuliers. Les changements de gouvernement, les modifications des relations extérieures, les conséquences des faits de paix ou de guerre, les progrès du commerce ou de l'industrie, les nécessités des travaux publics, les fluctuations même de l'opinion, sont des causes incessantes de variation dans les lois établies et de création de lois nouvelles, ou d'abrogation de lois anciennes.

En droit public, de ce fait même que les lois statuent sur des intérêts généraux, il résulte que les dispositions, qui y sont inscrites, doivent revêtir un caractère plus général que les lois civiles ou criminelles. Quoi que fasse le législateur, il est contraint d'abandonner, au pouvoir chargé de l'exécution, une part plus grande d'initiative. Et pour juger l'administrateur, il faut laisser au tribunal qui a à approuver ou condamner ses actes une faculté plus grande d'appréciation. On ne saurait donc s'étonner qu'en

France, la jurisprudence des tribunaux administratifs ait contribué à créer une véritable législation administrative.

Cependant on a essayé à plusieurs reprises de faire l'énumération des affaires réservées à la compétence de la juridiction administrative et d'arriver à une véritable codification. Un projet fut même examiné par une Commission de la Chambre des Députés en 1832, mais on n'y donna aucune suite. Voici à ce sujet l'opinion d'un des maîtres de la science administrative, M. Vivien :

« Il a souvent été question de dresser la nomenclature des affaires contentieuses, mais ce travail serait impossible. Il faudrait prendre, une à une, toutes les lois administratives, pour rechercher dans chacune les dispositions qui confèrent des droits aux citoyens et pour en attribuer la connaissance à telle ou telle juridiction administrative. En supposant que cette recherche ne fût pas vaine, la loi qui en consacrerait les résultats deviendrait presque aussitôt incomplète, toute loi administrative ajoutant de nouvelles pierres à l'édifice du contentieux administratif. Il serait donc impossible de faire la liste des affaires qui lui appartiennent ; elles sont innombrables, mobiles, incessantes. Ce n'est pas en vertu d'un texte de loi, parce qu'il aura plu à un législateur d'en disposer ainsi, qu'elles ressortissent au

contentieux, mais bien par leur nature propre. Aucune loi spéciale n'a dû intervenir pour les y classer; il en faudrait une pour les en distraire; elles composent entre elles un ensemble légal, un corps de droit; les lois et les principes généraux qui les concernent forment le droit commun de l'administration, comme le Code civil est celui des intérêts privés et des transactions ordinaires des citoyens. »

Mais, s'il est impossible d'établir, soit directement, soit indirectement, une liste limitative des actes discrétionnaires, il ne l'est pas, nous l'avons déjà dit, d'en distinguer des groupes; et cette étude présente un intérêt théorique plus considérable que celui qui pourrait s'attacher à une sèche énumération.

M. Dalloz, à l'article Conseil d'État, après avoir reconnu que la recherche des actes de pure administration constitue un des points les plus épineux et les plus importants qu'offre l'étude de la compétence administrative, entreprend, pour plus de clarté dans le placement des nombreux monuments de la jurisprudence, dont il fait mention, de les distribuer en trois catégories principales :

- 1^o Mesures de police proprement dites;
- 2^o Mesures de tutelle administrative;
- 3^o Mesures de faveur et d'entière discrétion.

En suivant cette méthode, nous craindrions de ne

pouvoir faire entrer tous les actes discrétionnaires dans les trois catégories indiquées. Aussi en adopterons-nous une autre.

Nous avons admis, dans notre chapitre II, que, parmi les actes discrétionnaires, les uns échappent à tout recours contentieux; d'autres, au contraire, y sont soumis, soit pour incompétence ou vice de forme, soit pour détournement de pouvoir. Toute la théorie générale des actes de pure administration roule sur les moyens de recours dont ces actes sont susceptibles. Il nous a donc paru logique de les ranger d'après ces moyens de recours et nous sommes arrivés, tout naturellement, à en distinguer trois catégories :

1^o Actes qui échappent à tout recours contentieux ;

2^o Actes soumis au recours pour incompétence ou vice de forme ;

3^o Actes soumis au recours en ce qui concerne les motifs, c'est-à-dire pour détournement de pouvoir.

SECTION I

Actes qui échappent à tout recours contentieux

La première catégorie d'actes, dont nous ayons à nous occuper, est celle des actes qui échappent à

tout recours par la voie contentieuse, quel que soit le grief invoqué contre eux.

Il existe, en effet, des actes ayant un caractère si général et si impersonnel qu'on a peine à concevoir quelle partie pourrait les attaquer s'ils étaient entachés d'excès de pouvoir. Tels sont par exemple les règlements qui déterminent la marche d'un service public, qui tracent des règles aux subordonnés pour le fonctionnement de ce service, mais qui n'adressent aucune prescription aux personnes étrangères à l'administration. Alors même que les règlements de cette nature seraient entachés d'incompétence ou de vice de forme, il semble douteux qu'ils puissent être attaqués devant le Conseil d'État. Qui les attaquerait en effet? Ni les simples citoyens, ni les agents du service intérieur ne semblent avoir qualité pour se constituer les défenseurs officieux de la légalité méconnue ou les censeurs d'un supérieur hiérarchique. Aussi, pensons-nous que le Conseil d'État a eu raison d'opposer une fin de non recevoir à des recours formés par des militaires contre les décisions du ministre de la guerre réglant leur uniforme et les insignes de leur grade (13 novembre 1885. Sévigny). Voici l'arrêt :

« Vu la requête..... pour le sieur Sévigny..... tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision du 26 janvier 1884, par laquelle le ministre

de la guerre a réglé l'uniforme des adjoints du génie ; attendu qu'en vertu des lois du 13 mars 1875 et du 16 mars 1882, les adjoints du génie ont rang d'officier et sont assimilés aux officiers d'administration, qu'ils ont droit par suite aux mêmes prérogatives et aux mêmes honneurs qui sont donnés aux marques distinctives du grade ; que la décision précitée a méconnu ces dispositions en maintenant pour les adjoints du génie le modèle actuel du képi qui ne comporte qu'une seule tresse verticale pour tous les grades, tandis que les officiers d'administration ont, s'ils sont de 2^e ou de 1^{re} classe, deux tresses verticales à leur képi et que l'officier principal en a trois ; qu'il devient par suite impossible de déterminer entre un adjoint du génie et un officier d'administration celui qui est le supérieur de l'autre et qui a droit au salut ; que cette différence a pour effet de maintenir les agents du génie dans un état d'infériorité vis-à-vis des officiers d'administration auxquels ils ont été assimilés par la loi du 16 mars 1882 ;

Vu les observations du ministre de la guerre tendant au rejet du pourvoi, attendu qu'il s'agit non d'une question de marques distinctives du grade constituant des prérogatives, mais d'une question de règlement d'uniforme, dont l'appréciation ne saurait ouvrir de droit à un recours par la voie contentieuse ;

Vu les lois du 13 mars 1875 et du 16 mars 1882 ;

Vu les lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, art. 9 ;

Considérant que la décision du ministre de la guerre en date du 26 janvier 1884, portant description de l'uniforme des adjoints du génie, est un acte qui n'est pas de nature à être déféré au Conseil d'État par la voie contentieuse..... (Rejet.)

Arrêt semblable : Dalard, garde principal d'artillerie de 2^e classe en retraite, contre une décision du 26 janvier 1884, portant description de l'uniforme des employés de l'artillerie (même date).

Parmi les actes discrétionnaires qui échappent à tout recours contentieux, nous pouvons citer encore ceux relatifs au droit de grâce du Président de la République. — Le Conseil d'État, appelé à statuer sur un recours formé par un très original condamné à mort, a rendu un arrêt, dont M. Hauriou a donné un commentaire remarquable, qui nous a inspiré le développement suivant. (Conseil d'État, 30 juin 1893, *Gugel*.)

Le soldat Gugel, en formant un recours pour excès de pouvoir contre le décret qui commuait la peine de mort prononcée contre lui en celle de vingt ans de travaux forcés, n'a pas seulement montré qu'il tenait peu à la vie, ce qui est intéressant pour les psychologues, mais il a rendu utile son détachement des choses de ce monde, en fournissant aux commentateurs un cas très rare.

Il a été écrit sur le droit de grâce des œuvres doctrinales de valeur et la Cour de Cassation a rendu des décisions portant sur des points particuliers. Le Conseil d'État a aussi rendu des arrêts sur les effets de la grâce ; ainsi il a jugé que les questions relatives à l'exercice du droit de grâce ne sont pas de nature à être portées devant la juridiction contentieuse et que notamment la juridiction administrative ne peut ordonner un sursis à l'exécution d'une condamnation judiciaire jusqu'à ce que le recours en grâce ait été soumis au Président de la République. (Conseil d'État, 16 mai 1890, de Condinguy.) A diverses reprises, il a eu l'occasion, dans des avis doctrinaux, d'indiquer l'étendue qu'avait, d'après lui, le droit de grâce (avis des 8-17 janvier 1825).

Mais c'était la première fois (affaire Gugel) que le décret accordant une grâce était l'objet d'un recours contentieux de la part de l'intéressé et que la question se posait de savoir si ce recours était recevable.

C'est-à-dire que la décision gracieuse avait bien été discutée jusqu'à présent dans ses effets et dans ses cas d'application, mais pas encore au point de vue de sa nature.

L'arrêt Gugel est d'une netteté remarquable :

« Considérant que les actes accomplis par le chef de l'État dans l'exercice du droit de grâce ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'État par la

voie contentieuse.....; Rejette. » Donc, ceci est bien précis, le droit de grâce échappe à tout recours contentieux. Mais, comme il y a plusieurs catégories d'actes qui sont insusceptibles de recours contentieux, il reste à faire le choix. M. Le Vasseur de Précourt, qui a commenté notre arrêt en quelques lignes dans la *Revue générale d'administration* (1893, tome 3, page 55), dit que le droit de grâce est une attribution à la fois d'ordre gouvernemental et d'ordre judiciaire et que pour ces deux raisons à la fois, le décret ne saurait être attaqué par le recours pour excès de pouvoir. — A notre avis, le droit de grâce n'est pas à la fois judiciaire et gouvernemental ; il n'est même ni l'un ni l'autre ; il est purement discrétionnaire.

En effet, on définit d'ordinaire la grâce : « la renonciation au droit d'exécuter la peine », ou plus simplement : « la remise de l'exécution de la peine ».

Or, l'exécution des peines n'est point matière judiciaire. C'est une pure attribution d'ordre exécutif. C'est au nom du Chef de l'État que les actes notariés ou judiciaires deviennent exécutoires ; c'est en son nom et par sa promulgation que les lois deviennent exécutoires ; c'est en son nom et par lui que les peines sont exécutées. Cette exécution-là fait partie du pouvoir exécutif au même titre que les autres, par cela seul que le Chef de l'État a la disposition de la force publique.

La remise de l'exécution est de même nature que l'exécution, par conséquent la grâce est bien d'ordre exécutif.

Si donc le décret de grâce échappe au recours contentieux, ce n'est point qu'il soit de nature judiciaire, c'est qu'il constitue un de ces actes exécutifs qui n'en sont pas susceptibles.

Mais, en résulte-t-il, pour cela, qu'il soit acte de gouvernement, comme on l'a prétendu ? Nous ne le croyons pas, nous ne pouvons l'admettre. Le critérium des actes de gouvernement, tel que nous l'avons adopté, est inapplicable au décret de grâce. Est-il à craindre, en effet, que l'exécution ou la remise d'une peine, surtout si cette peine est de minime importance (arrêt de Condinguy, 16 mai 1890), compromettent la sûreté et la conservation de l'État ? Même s'il s'agit d'une peine de mort, il sera bien rare qu'un intérêt aussi considérable soit en jeu. Nous pouvons invoquer en notre sens les opinions de MM. Brémont et Michoud. Au contraire, M. Hauriou, en exprimant ses regrets de n'avoir pu convertir encore ses deux éminents collègues, soutient énergiquement qu'il ne faut pas hésiter à allonger la liste des actes de gouvernement, en y faisant figurer les décrets de grâce. Gardons-nous, dit-il, de développer la théorie des actes discrétionnaires ; « n'insistons pas sur eux ; ne précisons pas trop les cas dans lesquels le Con-

seil d'Etat admet contre eux des recours : laissons-lui la liberté d'aller toujours de l'avant, de développer lentement son action et son contrôle. Ne com-mettons pas la faute de déclarer que les actes de gouvernement ne sont que des espèces d'actes d'administration discrétionnaire ; du coup, nous arrêterions les progrès du recours pour excès de pouvoir.

« Mieux vaudrait allonger de dix ou quinze noms la liste des actes de gouvernement plutôt que de re-venir à cette notion que l'acte d'administration dis-crétionnaire échappe totalement au recours. Un con-quérant qui veut soumettre un pays, peut sacrifier quelques villes. » Nous repoussons, pour les raisons données, l'opinion de M. Hauriou, et nous ne sau-rions partager ses craintes, en ce qui concerne le dé-veloppement des actes discrétionnaires. Ce qui est à craindre plutôt, c'est l'extension trop grande de la théorie des actes de gouvernement, parce que ces actes échappent à tout recours, et laissent ainsi une part trop grande de liberté au pouvoir exécutif. — Du reste, si on considère le décret de grâce comme acte discrétionnaire, il n'y a pas à s'inquiéter de la possibilité des recours en cette matière. Outre qu'il n'est guère admissible que ces sortes de décrets puis-sent être entachés d'incompétence ou de vice de forme, il ne faut pas oublier que la Constitution de

1875 (25 février, art. 3, § 2) donne un caractère absolu au droit de grâce du Chef de l'État.

Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que le décret de grâce échappe à tout recours contentieux.

Autrefois, on a soutenu, au contraire, que le condamné était maître de repousser la grâce, qui ne serait qu'une offre susceptible d'acceptation ou de refus.

M. de Peyronnet l'a prétendu : « Acceptez la grâce, a-t-il dit, qui maintient au moins le passé, vous donnez sans y être contraint votre assentiment à tout ce qu'elle maintient ; sans y être contraint, car il n'est au pouvoir de personne de vous obliger à accepter ou à subir autre chose que votre sentence. »

« Louis XIV l'entreprit contre Fouquet, mais l'histoire l'en a sévèrement repris et avec raison ; ce fut un grand abus de la puissance. Il est peut-être encore des États où cet abus pourrait se renouveler, mais je le tiens pour impossible dans les États libres (*Pensées d'un prisonnier*, pages 146 et 147). »

Inutile de dire que nous ne pouvons accepter cette thèse. La grâce est sans doute une faveur pour le condamné, mais elle intéresse aussi la société, elle importe à la moralité de la peine et à la dignité de la justice. Si l'on exécutait le malheureux auquel la

clémence du Chef de l'État a fait merci de la vie, ce serait un suicide d'une part, et un meurtre de l'autre. La peine est acquise à la société et non pas au coupable. Il ne peut repousser la grâce en disant : *invito beneficium non datur* ; la grâce comme la peine l'atteint malgré lui, et on ne peut pas réduire l'exercice d'un des droits attachés au pouvoir exécutif à un simple contrat synallagmatique.

SECTION II

Actes soumis au recours contentieux pour incompétence ou vice de forme

Dans un arrêt rendu le 14 décembre 1883 (affaire Lequeux), on lit :

« Considérant qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement applicables en cette matière, il appartient au préfet de relever de ses fonctions un membre dudit comité, en observant la même forme que pour sa nomination et que le sieur Lequeux n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État les *motifs* de cette mesure de pure administration..... » (Rejet.)

Or, cette décision nous montre que le Conseil d'État distingue très nettement la légalité des actes

et les motifs qui les ont inspirés et que si sa compétence s'applique aux questions de légalité, elle ne s'étend pas à la discussion des motifs.

Cependant nous verrons plus loin que même les motifs de l'acte discrétionnaire peuvent être appréciés par le Conseil, lorsqu'ils cachent un détournement de pouvoir. Mais ce moyen d'annulation n'est pas, en général, un moyen d'ordre public, qui puisse être relevé d'office. Il doit être invoqué par la partie. Au contraire, lorsqu'un acte est entaché d'incompétence ou de vice de forme, il y a contre lui un moyen d'ordre public qui peut être relevé d'office. C'est cette dernière catégorie de moyens qui va faire l'objet de la présente section.

Donnons d'abord quelques notions sur l'incompétence et le vice de forme.

M. Laferrière définit *l'incompétence* : l'inaptitude légale d'une autorité à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions.

Nous disions tout à l'heure que l'incompétence était d'ordre public. Ajoutons que ce caractère est commun à tous les cas d'incompétence, contrairement à ce qui a lieu en matière judiciaire.

Le *vice de forme* consiste dans « l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et règlements ».

La pensée qui a guidé le législateur en édictant ces formalités, a été de donner des garanties aux citoyens et à l'administration elle-même. Les instructions, les enquêtes, les demandes d'avis, les vérifications, les expertises, sont exigées dans le but d'assurer la réflexion dans l'accomplissement des actes, l'opportunité des mesures, d'éviter ainsi des erreurs et des injustices. Aussi toute omission ou toute irrégularité entraîne-t-elle en principe l'annulation.

Ces notions données, nous allons examiner rapidement, au point de vue de l'incompétence et du vice de forme, quelques actes discrétionnaires, qui nous semblent les plus importants et les plus intéressants.

DES ACTES RÉGLEMENTAIRES

On appelle ainsi des actes qui édictent, non des prescriptions individuelles et spéciales, garanties par des voies de contrainte administrative, mais des dispositions générales, garanties par une sanction pénale.

Tels sont les règlements de police municipale qu'il appartient aux maires de faire en vertu des lois des 16-24 août 1790 (titre XI, art. 3) et du 5 avril 1884 (art. 97); les règlements préfectoraux relatifs à

la police du domaine public et aux autres objets dont la surveillance a été confiée aux administrations de départements par la loi du 22 décembre 1789 (section III, art. 2); les règlements faits par les ministres dans les cas rares et spéciaux où ce droit leur est conféré par la loi; les règlements faits par le Chef de l'État pour assurer l'exécution des lois, soit en vertu d'une délégation spéciale du législateur, soit en vertu des pouvoirs inhérents à la mission du pouvoir exécutif (loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 3).

On a prétendu que les actes réglementaires étaient des actes législatifs, et pour soutenir cette opinion, on s'est appuyé sur leur situation exceptionnelle vis-à-vis des tribunaux, qui peuvent les interpréter et apprécier leur légalité. Nous ne partageons pas cet avis. Nous pensons que les actes réglementaires, en raison des différences essentielles qui les séparent des lois, ne sont pas autre chose que des actes de la puissance publique, des actes discrétionnaires, puisque l'autorité dont ils émanent a la faculté de les accomplir sous sa libre appréciation.

En conséquence et conformément à la théorie générale des actes discrétionnaires, les actes réglementaires, outre le recours gracieux, sont susceptibles de recours au Conseil d'État, pour incompétence et excès de pouvoir.

Mais il existe deux catégories d'actes réglementaires : les actes réglementaires ordinaires et les règlements d'administration publique.

Or, si l'on est d'accord pour admettre que les premiers peuvent être portés devant la juridiction administrative, on ne l'est plus au sujet des seconds.

La jurisprudence et avec elle M. Laferrière prétendent :

1^o Que les règlements d'administration publique, étant quant à leur autorité de véritables lois, ne peuvent pas être attaqués pour incompétence et excès de pouvoir ;

2^o Que les règlements d'administration publique, n'étant que des règlements, peuvent être tenus pour nuls par les tribunaux, juges compétents de leur légalité.

M. H. Berthélemy, dans une récente brochure, *Pouvoir réglementaire du Président de la République*, montre combien cette doctrine est contradictoire. Le savant professeur, invoquant l'autorité de M. Drocq, qui, en parlant des voies de recours contre les décrets, ne fait pas de différence entre les règlements simples et les règlements d'administration publique, déclare qu'il lui semble bien peu juridique d'invoquer le caractère législatif des règlements pour les affranchir d'un pourvoi direct aux fins d'annulation (ce qui est le plus) et de négliger ce

caractère quand il s'agit d'une application particulière (ce qui est le moins).

En outre, si on envisage les conséquences pratiques de la théorie de M. Laferrière, on voit qu'elles ne sont guère acceptables, car la garantie n'est pas suffisante contre l'arbitraire administratif.

Pour maintenir l'autorité réglementaire dans les limites qui lui conviennent, pour se conformer à l'esprit de la loi des 7-14 octobre 1790, il faut admettre le recours contentieux contre les règlements d'administration publique.

« Comme sauvegarde, ajoute M. Berthélemy, contre les abus de ces actes, encore faut-il que nous puissions appeler à notre aide toutes les voies normales de recours accordées aux administrés contre les administrateurs. Les voies de recours ne sont-elles pas d'autant plus nécessaires que les actes ont plus d'importance ? Souhaitons que cette interprétation de la loi soit un jour acceptée par les hautes autorités dont les lumières ont jeté, depuis vingt-cinq ans, un si vif éclat sur la première juridiction administrative. »

ACTES DE TUTELLE

Le droit français déclare mineurs les établissements publics, départements, communes, hospices,

et confie à l'administration la charge d'exercer la tutelle.

En quoi consiste la tutelle? Presque exclusivement dans la surveillance des biens des établissements publics. Les acquisitions, échanges et aliénations, les contrats, les procès, les recettes et les dépenses, voilà presque tous les objets de la tutelle.

Les actes par lesquels l'autorité administrative habilite ces établissements publics à prendre certaines décisions ou à passer certains contrats, sont des actes de la puissance publique. Pour avoir ce caractère, il n'est pas nécessaire, en effet, qu'ils contiennent des prescriptions ou des défenses; par cela seul qu'ils donnent aux auteurs de ces décisions un pouvoir, qu'ils n'auraient pas sans une intervention spéciale de l'autorité publique, ils constituent des actes de cette autorité. Ils sont donc compris dans l'interdiction générale faite aux tribunaux par les lois de 1790 et de l'an III.

Cependant, si les actes de tutelle sont des actes administratifs, ils ne communiquent pas ce caractère aux décisions qu'ils autorisent ou qu'ils approuvent. Celles-ci conservent la nature qui leur est propre. Si elles consistent en contrats ou autres engagements relevant de la compétence judiciaire, cette compétence subsiste, nonobstant l'acte de puissance publique qui s'y est annexé. Les tribunaux, juges des

engagements régis par le droit civil et de leur validité, ont donc seuls qualité pour décider si l'acte de tutelle a habilité la partie qui s'en prévaut. Mais, si la contestation vient à porter, non sur la validité du contrat, mais sur celle de l'acte de tutelle considéré en lui-même et au point de vue de sa régularité administrative, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en connaître; ils ne pourraient le faire, sans juger un acte d'administration, qui échappe à leur compétence; ils doivent donc renvoyer cette question à l'autorité administrative.

La tutelle administrative a été attaquée dans son principe et dans quelques-uns de ses effets.

En ce qui concerne le principe, on s'est demandé si la commune était une unité primordiale, base de l'État, ou si elle n'était qu'une subdivision administrative de l'État? Des hommes éminents, tels que MM. Henrion de Pansey, Royer-Collard, de Tocqueville, Savigny, se sont prononcés dans le premier sens. Pour eux, la commune est la monade, l'élément constitutif de l'État; et partant de là, ils rejettent la tutelle comme illégitime; ils réclament l'indépendance de la commune. Nous préférons nous ranger à l'opinion contraire, et nous croyons avec beaucoup d'autres que c'est l'État qui a précédé la commune. Aux époques primitives, lorsque la famille devient tribu et que la tribu s'établit et forme une agglomé-

ration, une cité, c'est un État qu'elle crée et non une commune. Si Athènes et Rome ont joui de la souveraineté, ce n'est pas à titre municipal, mais à titre politique, comme aujourd'hui Brême et Hambourg. Ce n'est qu'à la suite du développement des États que la commune a pris naissance à titre de subdivision administrative.

L'administration étant préposée à la garde des intérêts généraux de l'État, il est donc naturel qu'elle exerce son contrôle sur la commune, et si l'on peut reconnaître à celle-ci une certaine indépendance, il ne faut pas aller jusqu'à proclamer en sa faveur le principe du *self-government*, opposant ainsi un obstacle infranchissable à la mission administrative.

En faveur de la tutelle administrative, on peut dire que les habitants de la commune seront rarement unanimes dans la gestion de ses biens. Des intérêts privés se trouveront en conflit et les difficultés seront tranchées aux dépens des minorités. La partie la moins nombreuse de l'être collectif sera maîtrisée et peut-être opprimée par l'autre. Or, pourquoi appliquer ici la loi des majorités, si cela est contraire à la justice? N'est-il pas plus équitable de reconnaître le contrôle d'une autorité supérieure et désintéressée, qui n'envisagera que le bien général?

D'autre part, les biens des établissements publics ne sont pas la propriété de la génération actuelle ni

même d'aucune des générations à venir ; c'est un dépôt confié à chacune d'elle avec faculté de jouissance, d'usufruit, mais avec l'obligation de le transmettre intact aux successeurs. Or, qui, mieux que l'État, peut être constitué gardien suprême de ce dépôt et le défendre contre les empiètements et les entreprises des usufruitiers actuels ?

Nous avons dit que la tutelle avait été critiquée dans ses conséquences. On s'est plaint de la longueur des procédures, de la lenteur des décisions. Or, c'est précisément par là que l'institution de la tutelle nous paraît acceptable. La lenteur des décisions est en général le résultat de formalités créées dans l'intérêt des parties, car presque toujours la rapidité est l'ennemie de la maturité. C'est le besoin de garantie éprouvé par la nation qui, exprimé par le législateur, se traduit en formalités. Si ces formalités paraissent trop nombreuses, il ne faut pas oublier qu'elles ne sont pas une création de l'administration faite à son profit, mais plutôt l'expression d'une certaine défiance contre elle. Ce sont, le plus souvent, les Chambres qui les exigent, dans le but de permettre la réflexion, d'éviter les mesures trop hâtives. Eh bien ! si ces formalités ne sont pas observées, l'acte de tutelle de l'administration, acte discrétionnaire, puisqu'il est soumis à sa libre appréciation, sera annulé pour vice de forme.

C'est ainsi que le Conseil d'État, à la suite d'un recours formé contre un décret en date du 8 juillet 1890, qui avait autorisé l'acceptation des legs faits par le sieur Chalot au profit des communes du Grand-Lucé et de Sauzay, a statué en ces termes :

« Considérant qu'il résulte des circonstances de faits relevées dans l'instruction que l'un des requérants, le sieur Roy, était connu des autorités locales comme des héritiers du sieur Chalot ; que cependant, contrairement aux dispositions de l'art.3 de l'ordonnance précitée, il n'a pas été appelé par acte extrajudiciaire pour prendre connaissance du testament, donner son consentement à l'exécution ou produire ses moyens d'opposition ; qu'ainsi le décret du 8 juillet 1890, qui a autorisé l'acceptation, est intervenu sans l'accomplissement préalable d'une formalité essentielle et qu'il y a lieu par suite d'en prononcer l'annulation ;

« Décret du 8 juillet 1890 annulé. »

Nous pourrions citer, dans le même sens, d'autres arrêts qui montrent qu'en matière de tutelle, la jurisprudence du Conseil d'État donne pleine satisfaction à l'intérêt public et à l'intérêt privé, en accordant à l'un toute la liberté et à l'autre toute la protection désirables.

CONCESSIONS DE MINES

Les mines formant une portion considérable de la richesse d'un pays, il importe que l'exploitation en soit confiée à des individus capables d'en tirer le meilleur parti. Aussi le gouvernement est-il juge souverain des motifs d'après lesquels la préférence doit être accordée aux demandeurs en concession, qu'ils soient propriétaires de la surface, inventeurs ou autres.

Mais, pour assurer la publicité d'une concession, pour permettre à tout intéressé de la solliciter en sa faveur et lui donner pleine garantie contre l'arbitraire administratif, la loi exige de nombreuses formalités.

C'est ainsi que le décret de concession doit être délibéré en Conseil d'État ; et, auparavant, la demande doit être affichée et publiée à l'*Officiel* et dans les journaux de départements. Si, pendant l'instruction, des oppositions et des demandes en concurrence sont formulées dans les délais et que les auteurs de ces demandes et oppositions ne soient pas entendus d'après les formes tracées par la loi, le décret de concession de la mine peut être attaqué pour vice de forme devant le Conseil d'État.

D'ailleurs, les mêmes règles sont appliquées lorsqu'il s'agit du retrait des concessions. Le prin-

cipe du retrait des concessions se trouvait en germe dans l'article 49 de la loi de 1810, qui donne au gouvernement le droit de pourvoir qu'il conviendra, dans les cas où l'exploitation est restreinte ou suspendue de manière à inquiéter la sûreté publique ou le besoin des consommateurs. Mais, trop vaguement exprimé, ce principe serait resté inefficace si la loi de 1838 n'avait précisé et défini le droit qu'elle reconnaît au gouvernement de prononcer dans certains cas la déchéance des concessionnaires et de mettre la mine en adjudication. Toutefois, cette loi entoure le concessionnaire menacé de toute la protection compatible avec l'intérêt général, en lui permettant d'arrêter les effets de la dépossession jusqu'au jour de la mise en adjudication de la mine et en décidant, qu'en cas d'adjudication, le prix de la concession lui sera payé. Le retrait est prononcé par le ministre des travaux publics et notifié au concessionnaire déchu. La décision ministérielle est publiée et affichée par les soins du préfet.

Si ces formalités ne sont pas observées, le recours est ouvert au Conseil d'État.

OFFICIERS MINISTÉRIELS

On doit distinguer dans les offices ministériels deux éléments, dont l'un, capital productif d'intérêts,

constitué par le cabinet et la clientèle, peut être l'objet de transactions privées, et dont l'autre, constitué par la fonction publique et le droit de présentation, se trouve en dehors du commerce.

A cette distinction correspond celle des compétences.

Tout ce qui concerne le premier élément est de la compétence judiciaire. Mais dès que les transactions privées ne sont plus en jeu, dès qu'il s'agit d'actes de la puissance publique, tels que la nomination ou le refus de nomination d'un successeur, le maintien ou la suppression d'un office, la compétence judiciaire disparaît et fait place à la compétence administrative.

Si donc le gouvernement, usant du pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, juge nécessaire de supprimer un office ministériel, les questions d'indemnité que cette mesure peut faire naître ne sont pas du ressort des tribunaux judiciaires. Après quelques hésitations, la chancellerie a admis que l'allocation d'une indemnité de suppression et sa répartition entre les titulaires conservés étaient, comme la suppression elle-même, dans les attributions du gouvernement, et que celui-ci pouvait y procéder par décret. Le Conseil d'État a consacré cette doctrine (arrêt Traonouez, 27 juin 1873 ; Lasserre, 11 juin 1886). Mais si le gouvernement jouit en cette matière

d'un pouvoir discrétionnaire, ses décisions ne sont pas cependant purement arbitraires.

Il doit inviter les chambres de discipline et les tribunaux près lesquels exercent les officiers ministériels à donner leur avis, tant sur l'opportunité de la suppression que sur le montant de l'indemnité et le mode de répartition. Les avis sont envoyés au Garde des Sceaux, avec le rapport du procureur de la République.

La violation de ces prescriptions rendrait admissible le recours contentieux pour vice de forme.

ACTES DISCIPLINAIRES

L'institution du pouvoir disciplinaire a pour objet, non seulement d'assurer l'exécution régulière des services publics, mais encore de sauvegarder la considération et la dignité nécessaires à chaque corps.

Dans l'intérêt général, il importe que l'administration jouisse d'une grande liberté dans l'appréciation des mesures à prendre. Mais là encore, partout où la loi a cru devoir édicter des formalités pour tempérer le pouvoir discrétionnaire des autorités supérieures, elle n'a pas manqué de le faire. La règle d'après laquelle l'irrégularité d'une formalité ou son omission entraînent l'annulation de l'acte ne com-

porte pas, en principe, d'exception ; la jurisprudence ne semble pas en admettre, et c'est avec raison, car tout doit être de droit strict lorsqu'il s'agit de décisions intéressant la situation et l'honneur des fonctionnaires ; aucune des garanties que les lois ou règlements leur assurent ne doit être omise, altérée ni suppléée au moyen d'équivalents arbitraires. Le vice de forme résultera de toute irrégularité commise, soit dans la composition d'un Conseil d'enquête appelé à donner son avis, soit dans la présentation de rapports, la communication de pièces ou la lecture qui doit en être faite devant les conseils d'enquête. Toutefois la jurisprudence est moins rigoureuse en matière de mesures d'instruction dont tous les détails n'ont pas une importance égale (Conseil d'État, 18 juillet 1884, Guiches ; 14 janvier 1887, de Langlard).

Donnons quelques exemples de formalités restrictives du pouvoir discrétionnaire :

Les magistrats inamovibles ne peuvent être déplacés que sur l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et ce déplacement ne doit entraîner aucun changement de fonctions, aucune diminution de classe ni de traitement.

En ce qui concerne les professeurs de l'enseignement supérieur, la mutation pour un emploi inférieur ne peut être prononcée par le ministre, que

lorsqu'il a pris l'avis du Conseil supérieur de l'instruction publique, et s'il s'agit d'un professeur de l'enseignement secondaire, l'avis de la section permanente de ce Conseil.

De même, dans la direction générale des postes et télégraphes, les employés inférieurs ne peuvent être suspendus qu'après avis du Conseil d'administration.

Enfin, la loi du 19 mai 1834 autorise la mise en réforme des officiers généraux dans certains cas, tels que l'inconduite habituelle, les fautes graves dans le service, les fautes contre l'honneur. Les formes à suivre sont : la comparution devant un conseil d'enquête, un avis de ce conseil et une décision du Président de la République qui ne peut modifier les conclusions de cet avis que dans un sens favorable à l'officier.

C'est cette procédure, dont les applications sont très rares, qui a été suivie en 1889 à l'égard du général Boulanger.

Au contraire, le Conseil d'État a annulé des décisions rendues sans l'observation des formalités prescrites dans les arrêts suivants : *de Corrad*, 20 novembre 1874 ; *Brun*, 10 février 1882.

FONCTIONNAIRES

Nomination et révocation. — Pensions. — Mise à la retraite d'office

Sont fonctionnaires publics, les personnes qui, à un titre quelconque, détiennent une portion de l'autorité publique ou concourent à la gestion des intérêts généraux.

L'ensemble des fonctionnaires constitue l'administration.

Or, si l'administration tout entière est préposée à la gestion des affaires publiques, si elle en est responsable devant le pays, il ne faut pas oublier que la plus grande part de responsabilité incombe à ceux de ses membres qui, siégeant aux plus hauts degrés de la hiérarchie, ont à jouer le plus grand rôle. Dans toute organisation il faut une direction : cette direction revient tout naturellement à ceux qui occupent la tête ; les subordonnés n'ont en général qu'à obéir à l'impulsion qui leur est imprimée ; ils ne sont guère que des instruments, des auxiliaires de la grande mission administrative. Aussi est-il raisonnable, logique, de reconnaître aux supérieurs la prérogative de nommer leurs subordonnés. Pour que les services soient bien faits, il faut que les fonctionnaires soient bien choisis.

C'est en vertu de ce principe qu'on reconnaît au pouvoir exécutif le droit de nommer à tous les emplois civils et militaires et de prononcer les révocations. En un mot, les nominations et révocations de fonctionnaires sont des actes discrétionnaires. Qu'en résulte-t-il ? La conséquence nous est connue. Conformément au principe admis, l'administration supérieure ne doit pas avoir un pouvoir souverain ; son droit se trouve enfermé dans de justes limites par les prescriptions du législateur, qui a voulu prévenir ainsi les abus trop grands, les injustices criantes.

Certaines fonctions, par exemple, ne peuvent être conférées qu'à la suite d'un concours : telles sont celles d'auditeurs de 2^e classe au Conseil d'État et à la Cour des Comptes, de professeurs au Collège de France et dans les Facultés, etc.

En matière de révocation, les formalités sont encore plus nombreuses. Le droit de révocation, qui est péremptoire dans la plupart des services, se trouve limité dans quelques-uns par des prescriptions légales.

Ainsi, les ingénieurs des ponts et chaussées et des mines ne peuvent être révoqués que par décret rendu sur la proposition du ministre et l'avis du Conseil général des ponts et chaussées ou des mines.

Les professeurs, titulaires de l'enseignement public,

secondaire ou supérieur, ne peuvent être révoqués que sur la décision du Conseil supérieur prise aux deux tiers des suffrages.

Les Conseillers d'Etat ne sont révoqués qu'en Conseil des ministres.

Les membres des cours et tribunaux composant la magistrature assise, ainsi que les officiers de l'armée de terre et de l'armée de mer, sont encore garantis plus sûrement que les autres fonctionnaires. Ils jouissent du privilège de l'inamovibilité, les premiers pour que la justice ne soit jamais soupçonnée de manquer d'indépendance, les seconds parce que leur profession est un devoir du citoyen et que le choix n'en est pas toujours libre (Vivien). Les juges ne peuvent être suspendus ou déclarés déchus de leurs fonctions que par une décision du Conseil supérieur de la magistrature. Quant aux officiers, la loi distingue le grade de l'emploi. Le grade ne peut être retiré que dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi du 19 mai 1834. Au contraire, l'emploi est à la disposition du gouvernement qui peut modifier l'état de l'officier ; mais dans ce cas, certaines formalités doivent être observées, sinon le recours au Conseil d'État est ouvert.

Pensions et mise à la retraite d'office. — La matière des pensions nous offre des applications intéressantes de la théorie des actes discrétionnaires.

Parmi les décisions qui les concernent, on doit distinguer celles qui se rattachent au pouvoir hiérarchique du supérieur sur l'inférieur et qui, par suite, ont le caractère d'actes de puissance publique, et celles qui constituent des actes de gestion, mais dont nous n'avons pas à nous occuper.

Les premières sont des décisions par lesquelles les ministres admettent les fonctionnaires civils à faire valoir leurs droits à la retraite ou au contraire leur refusent cette admission et les retiennent malgré eux au service. Telles sont en sens inverse les décisions par lesquelles des fonctionnaires civils ou militaires, qui ne demandent pas à cesser leurs fonctions, sont admis d'office à faire valoir leurs droits à la retraite.

Les règles n'étant pas les mêmes pour les fonctions civiles et militaires, il y a lieu d'établir une division.

Fonctions civiles. — L'article 19 de la loi du 19 juin 1853 est formulé en ces termes : « Aucune pension n'est liquidée qu'autant que le fonctionnaire aura été préalablement admis à faire valoir ses droits à la retraite par le ministre au département duquel il ressortit. » Il résulte de cette disposition que le ministre peut refuser l'admission à la retraite ; mais il n'aura cette faculté qu'à la condition d'invoquer des raisons d'ordre administratif ou budgétaire. Il alléguera que le fonctionnaire est encore apte à rendre

des services à l'État ou qu'il serait trop onéreux pour le fisc de rémunérer deux individus, l'un par un traitement d'activité, l'autre par une pension de retraite. (Conseil d'État, 15 novembre 1872, de Langle de Cary ; 8 juillet 1887, Janvier.)

Au contraire, la décision du ministre ne serait pas à l'abri d'un recours, si elle consistait dans une appréciation des droits du fonctionnaire à la pension, c'est-à-dire des conditions d'âge et de temps de service.

En ce qui concerne la mise à la retraite d'office, le ministre jouit d'une grande liberté à l'égard des fonctionnaires ayant des droits à pension et sa décision n'est pas en principe susceptible de recours contentieux (7 janvier 1876, de Brives). Mais cette règle souffre exception pour les fonctionnaires inamovibles. Tels sont les magistrats qui ne peuvent être mis d'office à la retraite que dans le cas d'infirmités graves et après avis du Conseil supérieur de la magistrature. De même, les professeurs des Facultés, Lycées et Collèges sont protégés d'une manière rigoureuse.

Fonctions militaires. — D'après la loi du 11 avril 1831 : « Le droit à la pension de retraite est acquis à trente ans accomplis de service effectif. » Les officiers qui ont accompli le temps de service voulu sont donc par cela seul en possession des droits à

la retraite et ils peuvent les faire valoir, sans l'autorisation du ministre. La retraite est la dernière modalité de leur grade ; elle est une des positions qui se rattachent à leur état. Le ministre ne peut donc pas, en principe, retenir un officier qui a acquis ses droits à la retraite ; cette faculté ne lui est donnée que dans des cas exceptionnels, tels qu'une entrée en campagne ou un embarquement.

Une autre conséquence de la situation spéciale faite aux officiers est que le ministre ne peut prononcer contre eux la mise à la retraite d'office que lorsqu'ils ont accompli le temps de service (Conseil d'État : 27 avril 1847, Auriscote de Lazarque ; 30 juin 1853, Dumas ; 12 mars 1875, Vimont ; 14 mars 1879, Chazotte).

Ces règles ont été étendues par la loi du 13 juillet 1894, confirmant d'autres lois relatives à la matière, à tous les commissionnés, sous-officiers, caporaux et soldats, mais elle ne s'applique pas aux officiers généraux, qui sont soumis à des règlements spéciaux.

Sans nous étendre davantage sur le système de garanties qui protège les fonctionnaires, nous croyons intéressant de relater, comme application rigoureuse des principes, un arrêt tout récent du Conseil d'État, cassant, comme illégale, une décision de mise à la retraite prononcée contre des officiers de ma-

rine. (Conseil d'État, 24 février 1899, *Viaud, dit Pierre Loti.*)

En mars 1898, l'amiral Besnard, alors ministre de la marine, dans le but de calmer la crise que subit depuis longtemps l'avancement des officiers et pour des motifs aussi que nous n'avons pas à apprécier, admit d'office à la retraite vingt-neuf lieutenants de vaisseau ou capitaines de frégate.

Une mesure semblable avait été prise, il y a vingt ans, par l'amiral de Montaignac, pour débarrasser la marine d'un certain nombre de capitaines de frégate, qui, depuis longtemps, restaient dans les services à terre sans jamais songer à doubler les grands caps et encombraient inutilement les cadres. La décision qui les frappait parut un peu draconienne et l'on critiqua si fort le coup de sabre du digne amiral, qu'aucun de ses successeurs n'osa l'imiter.

Aussi la récente décision ministérielle qui n'a pas, du reste, été prise pour les mêmes raisons que la précédente, a-t-elle soulevé de vives protestations. L'un des intéressés, le lieutenant Viaud (dit Pierre Loti), prenant courageusement l'initiative du mouvement, signa, avec huit de ses collègues, un recours au Conseil d'État. Satisfaction vient de leur être donnée; la décision attaquée était entachée d'illégalité.

En effet, aux termes des §§ 2 et 4 de l'article 8 de la loi du 10 juin 1896, on peut admettre d'office à la

retraite les officiers de marine qui, ayant acquis des droits à une pension, ne seraient plus en état de remplir le service à la mer ; aucune mise à la retraite d'office ne peut être prononcée que sur la proposition du commandant en chef ou des inspecteurs généraux de la marine, ou après avis motivé de la commission de classement.

Il résulte de l'ensemble du décret du 20 juillet 1895, que la Commission de classement du 2^e degré ne peut statuer que sur les titres des officiers, à l'égard desquels la Commission du 1^{er} degré s'est préalablement prononcée.

Dès lors, il y a lieu d'annuler la décision mettant un officier de marine à la retraite d'office sur l'avis de la Commission du 2^e degré seulement, sans que la Commission du 1^{er} degré ait été préalablement consultée.

Le Conseil d'État a ainsi jugé :

..... Considérant, d'une part, que le § 2 de l'article 8 de la loi du 10 juin 1896 dispose que « peuvent être admis d'office à la retraite les officiers qui, ayant acquis des droits à une pension, ne seraient plus en état de remplir le service à la mer », et que le § 4 de ce même article ajoute, « qu'aucune mise à la retraite d'office ne peut être prononcée que sur la proposition du commandant en chef ou des inspecteurs généraux de la marine, ou après avis motivé de la Commission de classement » ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 2 du décret du 20 juillet 1895, la Commission de classement est, pour les officiers de marine, une Commission à deux degrés, comprenant une Commission de premier degré et une Commission de deuxième degré, et qu'il résulte de l'ensemble de ce décret que la Commission de 2^e degré ne peut statuer que sur les titres des officiers à l'égard desquels la Commission de 1^{er} degré s'est préalablement prononcée ;

Considérant que le sieur Viaud, qui n'avait été l'objet d'aucune proposition de mise à la retraite d'office, émanant soit d'un inspecteur général de la marine, soit d'un commandant en chef, ne pouvait être, en conséquence, atteint par cette mesure que par application des dispositions contenues dans la dernière partie du § 4 de l'article 8 de la loi précitée ; mais considérant qu'il est établi par l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté, que le requérant a été mis à la retraite d'office sur l'avis de la Commission de 2^e degré seulement, et sans que la Commission de 1^{er} degré ait été préalablement consultée ; qu'au surplus, l'avis de cette Commission de 2^e degré n'est pas motivé, et qu'il n'est même pas allégué que le sieur Viaud soit incapable de remplir le service à la mer ;

Considérant que dans ces circonstances, et sans

qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le sieur Viaud est fondé à soutenir que la décision attaquée a été prise en dehors des conditions prévues par la loi du 10 juin 1896, et qu'elle doit être en conséquence annulée ;

Sur les conclusions du requérant tendant à la réintégration dans son grade et au rappel des arrérages qui lui sont dus ;

Considérant qu'en l'absence de tout litige sur les mesures à prendre en exécution de la présente décision, il n'y a lieu en l'état de statuer sur les dernières conclusions du requérant ;

Décide :

Article premier. — La décision susvisée du 27 mars 1898 est annulée.

Art. 2. — Il n'y a lieu de statuer sur le surplus des conclusions du requérant.

Rapporteur : M. Rousseau, maître des requêtes ;
plaidant : M^e Aguillon, avocat ; ministère public :
M. Arrivière, commissaire du gouvernement.

Cet arrêt a produit une vive émotion dans la marine et non sans raison, car il a été la cause des plus grosses difficultés.

Voici, en quelques mots, les graves conséquences qu'entraîne la réintégration de M. Loti et de ses collègues :

D'abord il sera nécessaire de ne pas remplacer

les neuf premières vacances qui se produiront dans le grade de ces officiers, car autrement les cadres fixés par la loi seraient dépassés. En outre, le ministre de la marine devra demander aux Chambres un crédit suffisant pour payer les arriérés de solde dus aux officiers réintégrés, pour payer aussi leurs traitements futurs tant qu'ils excéderont aux cadres. Enfin, et cela est plus grave encore, parmi les officiers mis à la retraite il y en a vingt qui n'ont pas obtenu la réparation à laquelle ils ont droit, parce qu'ils n'avaient pas signé le recours et qu'aujourd'hui il ne leur est plus ouvert à cause de l'expiration des délais. Mais la Marine, en réintégrant les autres, n'a-t-elle pas en somme contracté envers eux une obligation morale de leur accorder la même satisfaction ? Puisque la décision ministérielle frappait les vingt-neuf officiers, ne serait-il pas naturel que l'arrêt de cassation leur profitât à tous ? Nous savons bien que le Conseil d'État n'a pas qualité pour prononcer la réintégration, mais le ministre ne devrait pas hésiter à le faire, en dépit de tous les embarras qui en seraient la suite. Cela ne serait que justice, car si la mesure était illégale pour les uns, elle l'était pour tous.

Aussi les intéressés se proposent-ils de s'adresser au Parlement ; et de son côté, M. Lockroy, qui joint à un esprit éclairé un profond sentiment de l'équité,

semble assez bien disposé à leur égard. Nous ignorons si les plaintes seront accueillies favorablement. Quoi qu'il en soit, nous pensons que la décision du Conseil d'État sera une bonne leçon pour l'administration de la Marine, qui saura désormais plus sûrement que le pouvoir discrétionnaire dont elle est investie doit toujours s'incliner devant la loi.

SECTION III

Actes soumis au recours contentieux en ce qui concerne les motifs. Détournement de pouvoir.

Plusieurs arrêts du Conseil d'État distinguent très justement entre la discussion de la légalité de l'acte qui appartient au Conseil d'État et la discussion de ses motifs qui lui échappent (14 novembre 1883, Lequeux ; 18 février 1887, Sortino Valentino). Cependant même les motifs, nous l'avons déjà dit, peuvent quelquefois être discutés devant le Conseil d'État, lorsqu'on soutient qu'ils révèlent un détournement de pouvoir. Et cette théorie du détournement de pouvoir exerce précisément une influence heureuse sur celle des actes de pure administration. Elle sert de frein à l'extension trop grande du pouvoir discrétionnaire dont l'administration pourrait abuser, en alléguant les nécessités d'intérêt général. « Le détournement de pouvoir, a dit M. Aucoc, est le fait

d'un agent de l'administration qui, tout en faisant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites par la législation, use de son pouvoir discrétionnaire pour des cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué. » De nombreux arrêts ont exprimé la même idée, en faisant résulter le détournement de pouvoir de ce que l'auteur de l'acte « a usé des pouvoirs qui lui appartenaient pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés ».

Voici, par exemple un préfet qui d'office inscrit au budget d'une commune une dette réclamée contre la commune, mais contestée par elle pour des raisons qui semblent sérieuses. L'acte du préfet contient un abus de pouvoir ; le pouvoir que la loi donne à ce dernier pour contraindre les communes à l'acquit de leurs dettes exigibles, est détourné de sa nature et, si l'on osait dire, de sa voie légale. L'administrateur en a usé pour un objet en dehors de sa mission et de son rôle. Tel est encore le cas du maire qui interdit à une société musicale de jouer sur les places publiques de la commune, uniquement parce que le chef ou directeur de cette société est étranger et non parce que le maintien de l'ordre public dans les rues et places de la commune exige une interdiction de ce genre.

Le détournement de pouvoir est donc caractérisé

par l'incorrection du but, des intentions qui ont guidé l'administrateur. Il en résulte que la tâche du Conseil d'État, dans l'appréciation de ce grief, est des plus délicates. Ne pouvant pas pénétrer dans l'administration active, par le moyen d'enquêtes, il doit rechercher la preuve du détournement de pouvoir dans les documents émanés de l'administration elle-même. Aussi n'y a-t-il pas de règles fixes à tirer de la jurisprudence ; les juges, examinant chaque affaire en elle-même, prennent, selon sa nature, tels ou tels motifs en considération.

Les mesures de police réglementaires ou individuelles offrent des applications nombreuses de la théorie du détournement de pouvoir, car c'est dans cette matière que l'administration commet le plus souvent des abus en invoquant les nécessités d'ordre public. Le rôle du Conseil d'État n'est pas alors de rechercher si l'administrateur a fait de bonne ou mauvaise police, mais s'il a réellement fait de la police, ou bien s'il a, sous cette apparence, envisagé un autre but. Voyons rapidement les différents cas qui peuvent se présenter en cette matière :

1^o *Police du domaine public.* — Cette attribution a été confiée à l'administration dans un but d'intérêt général, pour assurer la conservation du domaine public et son usage au profit de tous. Donc si l'administration use de ses pouvoirs pour servir les

finances de l'État, des départements ou des communes, ou pour créer des monopoles au profit des particuliers, elle s'écarte de son but et ses actes peuvent donner lieu à un recours pour détournement de pouvoir.

C'est ainsi que plusieurs arrêts ont décidé que les permissions de voirie ne peuvent être révoquées dans un intérêt autre que celui de la liberté de la circulation et de la police du domaine public. On peut invoquer en ce sens les arrêts *Dubur*, 18 mars 1868; *Ragas*, 21 mars 1873, et *Aotier*, 14 mars 1873; *Pariset*, 26 novembre 1875; *Dehaynin*, 2 novembre 1878, et *Larbaud*, 6 décembre 1878.

Mais la jurisprudence se prononce en sens contraire quand il s'agit, non plus de retraits d'autorisations, mais simplement de refus d'autorisations.

Voir l'arrêt Bonhomme, 6 mars 1885. Suivant le demandeur, l'excès de pouvoir résultait de ce que le refus du maire de Saint-Saulge était fondé sur un intérêt autre que celui de la police et de la conservation du chemin. En effet, M. le Maire avait formellement déclaré que sa décision n'était suspendue que par suite d'une contestation d'intérêt privé. « Je suis aujourd'hui, disait-il, dans l'expectative. J'attends pour accorder à Bonhomme ce qu'il demande qu'il ait préalablement fait consacrer ses droits par un jugement. Le jour où la question sera vidée en

sa faveur, je n'hésiterai pas à accueillir favorablement sa demande. »

Le requérant rappelait que le Conseil d'État avait souvent annulé pour excès de pouvoir des arrêtés municipaux qui retiraient certaines autorisations analogues en s'appuyant sur des motifs étrangers à la viabilité. Mais le Conseil d'État repoussa en décidant que ce refus d'autorisation n'était pas de nature à être déféré à la juridiction contentieuse; et d'autres décisions ont été rendues dans ce sens.

La pensée du Conseil est sans doute qu'il s'agit d'un acte d'administration pure échappant d'une manière absolue à son contrôle. N'est-ce pas aller un peu loin et n'est-il pas à craindre que ce motif puisse aussi bien s'appliquer à une foule d'autres mesures analogues, qui, quoique prises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, avaient néanmoins été considérées jusqu'ici comme demeurant susceptibles des recours pour excès de pouvoir?

On a essayé d'appliquer la distinction qui résulte de cette jurisprudence, entre l'octroi d'une permission et le retrait d'une permission déjà accordée, en disant que, dans le premier cas, le pouvoir de l'administration reste entièrement discrétionnaire et arbitraire, tandis que, dans le second, l'administration se trouve en présence non pas d'un droit, mais d'une jouissance régulièrement constituée, et sur la

foi de laquelle l'impétrant a pu faire des dépenses, établir des constructions. Pour notre part, nous n'admettons pas cette distinction. La permission est demandée et accordée à titre précaire. Les pouvoirs de l'administration sont les mêmes avant et après ; la situation du demandeur ne saurait être différente. Et si l'usage de la permission n'occasionne aucune dépense, y aura-t-il recours possible ou non ? Tout cela nous semble bien délicat.

Police des rivages de la mer. — Les rivages de la mer faisant partie du domaine public, il suit de là, que tout le monde a droit d'y accéder librement. Donc si un maire, par un arrêté réglementaire, veut imposer, à toute personne se baignant dans l'étendue d'une plage affectée aux bains, — alors même que cette personne ne se serait ni habillée ni déshabillée dans une des cabanes de l'établissement fondé par la commune, — l'obligation d'acquitter une taxe au profit de cet établissement, l'arrêté sera entaché d'excès de pouvoir. Le pouvoir du maire se borne, en effet, à prendre des mesures pour assurer l'administration, la surveillance et la police des bains de mer. V. arrêt *Vernes* (19 mai 1858) rendu contre le maire de Trouville, 30 avril 1883. *Ville de Boulogne.*

De même, ce n'est que dans un intérêt de police et de service public que doit s'exercer le droit conféré aux préfets de régler l'entrée, le stationnement et la

circulation des voitures publiques ou particulières dans les cours dépendant des stations des chemins de fer.

Par conséquent est entaché d'excès de pouvoir l'arrêté du préfet qui refuse à un entrepreneur de transports l'autorisation de faire entrer et stationner ses voitures dans la cour d'une station de chemin de fer, lorsque cet arrêté n'a eu pour objet que d'assurer l'exécution d'un traité par lequel la Compagnie du chemin de fer garantit à un entrepreneur de voitures publiques le droit d'être admis, à l'exclusion de tout autre entrepreneur de transports, dans la cour de ladite station pour y recevoir et y déposer les voyageurs (25 février 1864, Lesbats).

Au contraire, l'administration agit conformément à ses pouvoirs, si elle ne règle le stationnement et la circulation des voitures dans la cour des gares que dans un intérêt public (20 mars 1885, Paul).

2^o *Police des cours d'eau non navigables.* — En cette matière, les pouvoirs de l'administration sont encore plus restreints qu'en ce qui concerne le domaine public ; car l'usage des eaux est concédé aux riverains par le Droit civil lui-même (articles 644 et 645) et non par l'administration, dont le rôle doit se borner à en régler l'exercice dans un but d'intérêt général, sans avoir à intervenir jamais dans les questions d'intérêts purement privés, ni surtout

dans les questions litigieuses qui s'agitent entre riverains sur leurs droits respectifs à l'usage des eaux, sur la hauteur de chute qu'ils peuvent réclamer d'après leurs titres. — Arrêts Hergott, 22 mars 1860 ; Brescon, 3 août 1877 ; Bouffard, 9 janvier 1885.

3^o *Police de la salubrité*. — Cette attribution de l'administration, ne devant avoir en vue que la salubrité et la santé publiques, ne doit jamais être exercée dans un intérêt fiscal. Le Conseil d'État a eu l'occasion de proclamer ce principe méconnu par les agents du pouvoir exécutif.

A la suite de la loi de 1872, qui établissait le monopole de la fabrication des allumettes chimiques et prononçait l'expropriation des fabriques actuellement existantes, le ministre des finances ne fit régler par le jury d'expropriation que les indemnités des industriels dont les usines avaient une existence légale incontestée.

Quant aux autres, dont les autorisations limitées à une certaine durée n'avaient pas été renouvelées, il pensa qu'elles n'avaient pas droit à une indemnité ; — que si, au moment de la loi, elles avaient une existence de fait, elles n'avaient pas d'existence légale ; en conséquence, il n'offrit à ces dernières qu'une indemnité à titre gracieux. Plusieurs industriels, prétendant avoir droit à une indemnité à régler par le jury d'expropriation, refusèrent les offres.

Dans ces circonstances, le ministre adressa aux préfets, le 18 février 1874, une circulaire dans laquelle, après avoir exposé la nécessité de faire prononcer judiciairement la fermeture des ateliers encore existants, et rappelé qu'il appartenait à l'autorité administrative de statuer sur la question de savoir « s'il y avait autorisation ou si le fabricant se trouvait dans les conditions voulues pour être dispensé de la demander ou de la renouveler », il ajoute : « Pour éviter les retards que pourrait entraîner la solution d'une question préjudicielle de cette nature, il serait nécessaire de prendre un arrêté par lequel vous établirez l'existence illégale des fabriques dont il y a lieu de requérir la fermeture, en constatant notamment qu'elles n'ont jamais été autorisées ou que l'autorisation qui leur a été concédée pour une durée limitée n'a pas été renouvelée en temps utile. Vous aurez soin de ne viser dans cet arrêté que les lois et règlements relatifs aux établissements insalubres et de vous abstenir d'y relater la loi du 2 août 1872 qui a attribué à l'État le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes. Aussitôt que l'arrêté dont il s'agit aura été rendu, vous le ferez parvenir au commissaire de police que vous chargerez de constater la contravention..... le procès-verbal ne fera aucune mention de la loi du 2 août 1872 et devra être uniquement fondé sur les dispositions combi-

nées des décret du 15 octobre 1810, ordonnance du 25 juin 1823 et décret du 31 décembre 1866, qui ont subordonné l'exploitation des fabriques d'allumettes chimiques à l'obtention d'une autorisation administrative. »

Ces citations empruntées au dossier suffisent pour établir que les préfets n'exerçaient pas les pouvoirs que les lois et règlements sur la matière leur confèrent dans un intérêt de salubrité publique et sous le contrôle du ministre du commerce, dans les attributions duquel se trouve la police des ateliers dangereux et insalubres, mais qu'ils n'agissaient que dans un intérêt fiscal et à l'instigation du ministre des finances, qui était incompétent pour statuer sur les mesures de police concernant ces établissements. Les arrêtés devaient donc être annulés. Ils le furent. (26 décembre 1875, Paris ; et Laumonnier-Carriol, même date.)

Voici les motifs d'un autre arrêt rendu dans le même sens et relatif aux sources d'eaux minérales (6 décembre 1878, Larbaud) : « Considérant qu'il résulte tant du texte de la décision attaquée que des déclarations que le ministre de l'agriculture et du commerce a faites sur le pourvoi, que ledit ministre n'a pas entendu apprécier la demande au point de vue de l'intérêt de la santé publique, mais qu'en refusant l'autorisation, il a entendu prendre une

mesure de conservation pour la protection d'une source minérale appartenant à l'État ; que si la loi du 14 juillet 1856 autorise l'administration à prendre, dans l'intérêt de la conservation des sources minérales, les mesures de protection que ladite loi détermine, le ministre ne pouvait faire servir à ce but les pouvoirs qui lui ont été conférés dans l'intérêt de la santé publique..... »

5^o *Police municipale*. — Des arrêts rendus contre les décisions prises par la police municipale nous révèlent des détournements de pouvoir analogues à ceux que nous avons examinés. Généralement ces détournements s'expliquent par des intérêts fiscaux ou par des faveurs faites à des entreprises privées. Nous citerons comme exemples de décisions rendues en pareil cas, celles qui ont annulé : un arrêté relatif au nettoisement de la voie publique qui imposait aux riverains des travaux de réfection du pavage (20 décembre 1872, Billette) ; des arrêtés portant refus d'aligment, dans le but de procurer à la commune une exécution moins coûteuse de travaux publics projetés (12 janvier 1883, Matussière) ; un règlement refusant le droit de stationnement sur la voie publique à toute voiture autre que celle d'un entrepreneur avec lequel la commune avait traité (2 août 1870, Bouchardon) ; un arrêté réglant la vente du poisson en vue de restreindre la liberté de la concur-

rence et de favoriser certaines catégories de vendeurs, ou d'assurer le paiement de droits au concessionnaire de la halle (3 décembre 1885, Clairouin ; 15 février 1895, Tostain et autres) ; un arrêté municipal ordonnant que toutes les denrées seraient transportées au marché non pour y être vendues ou vérifiées au point de vue de la salubrité, mais simplement pour y acquitter des droits de place (15 février 1892, syndicat des agriculteurs du Loiret). Enfin des arrêtés retirant des permissions de voirie pour des motifs étrangers à la conservation et à la police de la voie publique (arrêts déjà cités : 26 novembre 1878, Dehaynin ; 23 mars 1880, Compagnie centrale du gaz ; 8 juin 1883, Société du matériel agricole).

Avec le détournement de pouvoir, nous avons achevé l'étude des moyens de recours admis contre les actes discrétionnaires ; et ce dernier examen a fait naître en nous cette conviction, qu'en France mieux que partout ailleurs, les droits des particuliers sont protégés contre l'arbitraire de l'administration. Cela est vrai surtout à l'égard des pays où les questions contentieuses administratives rentrent dans la compétence du pouvoir judiciaire. Les tribunaux judiciaires, en effet, ne peuvent déclarer l'illégalité d'un acte que s'il viole ouvertement un texte de loi ; ils n'ont pas qualité pour casser les actes attaqués en invoquant le détournement de pouvoir, car une

telle décision nécessiterait de leur part une immixtion dans le domaine du pouvoir exécutif et le principe de la séparation des pouvoirs se trouverait violé. Une telle attribution, une puissance aussi anormale ne peut appartenir qu'à un tribunal suprême comme notre Conseil d'État, en raison du rôle considérable qu'il a joué autrefois dans la confection des lois.

La jurisprudence française nous offre, du reste, de nombreuses applications de cette idée. Bornons-nous à rappeler qu'après la loi du 2 août 1872, les arrêtés préfectoraux, prononçant la fermeture des fabriques d'allumettes chimiques, furent reconnus légaux par la Cour de Cassation, tandis que le Conseil d'État les cassa, n'ayant pas craint de rechercher dans les circulaires ministérielles la preuve du détournement de pouvoir.

CONCLUSION

Arrivés au terme de notre étude, nous ne prétendons pas avoir créé la théorie des actes discrétionnaires. Cette théorie existait déjà dans la jurisprudence, qui l'appliquait rigoureusement. Mais il s'agissait de la dégager des arrêts du Conseil d'Etat, et cela, la doctrine ne l'avait pas encore fait complètement. Les savants auteurs, qui ont effleuré ce sujet, avaient bien indiqué les conséquences du caractère essentiel des actes discrétionnaires, mais ils avaient négligé de préciser ce caractère ou du moins avaient cru, à tort, le trouver dans la distinction des droits et des intérêts. Sans doute, quelques-uns d'entre eux disent bien que les actes discrétionnaires échappent, en principe, au recours contentieux : ils nous donnent les exceptions à cette règle, généralisant ainsi les décisions d'espèces qu'offre la

jurisprudence. Mais il n'en est pas moins vrai qu'ils s'appuient sur un mauvais principe. Le critérium qu'ils proposent étant vicieux, l'idée directrice qui les conduit étant fausse, ils risquent fort d'aboutir à des solutions inexactes. En un mot, la théorie a bonne apparence, mais elle manque de solidité. C'est un édifice bien construit sur une base incertaine.

Pénétrés de ce vice de la théorie commune, nous nous sommes efforcés de rechercher la véritable cause de cette immunité administrative en matière discrétionnaire et nous avons dit qu'elle avait sa raison d'être dans les caractères constitutifs de l'administration. Celle-ci, dans sa forme hiérarchique, est composée d'un ensemble de fonctionnaires, dépositaires d'une part d'autorité, qu'ils ne peuvent exercer qu'à la condition de jouir d'une certaine liberté, chaque fois que la nécessité d'accomplir un acte s'impose à eux pour la satisfaction des intérêts publics. Il importe que les supérieurs ne rencontrent pas d'obstacle de la part des subordonnés et qu'en général, lorsqu'un dépositaire de l'autorité juge à propos de prendre une mesure, il n'y ait pas d'opposition de la part des particuliers. A cette condition seulement, l'administration peut remplir la mission que le législateur lui a confiée.

Du reste, nous avons vu aussi, combien étaient solides les garanties accordées aux intéressés contre l'arbitraire administratif. Pour développer nettement cette idée et faire mieux ressortir la libéralité de ce système de protection, nous avons étudié sommairement les différents moyens de recours et, profitant de cet examen, nous avons classé méthodiquement les actes discrétionnaires, dont les uns échappent à tout recours contentieux, d'autres y étant soumis pour illégalité, et quelques-uns enfin étant susceptibles d'être attaqués, même en ce qui concerne les motifs qui les ont inspirés. Ainsi se trouve limité, à des degrés divers, le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Comme conclusion, nous croyons pouvoir déclarer que la théorie de l'acte discrétionnaire, telle que nous la comprenons, c'est-à-dire basée sur la mission administrative, et alliée à la théorie de l'excès de pouvoir, concilie pleinement les intérêts sociaux et les intérêts des particuliers, en donnant, d'une part, une liberté suffisante à l'Administration pour l'accomplissement de sa mission, et de l'autre, assez de garanties aux citoyens pour la sauvegarde de leurs droits et de leurs intérêts. C'est à peine si nous osons exprimer le vœu de voir s'améliorer cette théorie, car il nous semble qu'aujourd'hui, grâce à la jurisprudence éclairée du Conseil d'État, elle a

atteint, tout au moins dans ses applications pratiques, un tel degré de précision et de stabilité, que, pour l'état social actuel, il ne reste pour ainsi dire plus de progrès à réaliser.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Le Président de la Thèse,
PILLET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	9
AVANT-PROPOS	11
HISTORIQUE	14

CHAPITRE I

Examen de la doctrine	27
---------------------------------	----

CHAPITRE II

Nature de l'acte discrétionnaire. — Définition. — Différences avec l'acte de gouvernement	52
---	----

CHAPITRE III

CLASSIFICATION

<i>Section I.</i> — Des actes qui échappent à tout recours contentieux.	78
<i>Section II.</i> — Actes soumis au recours pour incompétence ou vice de forme	87
<i>Section III.</i> — Actes soumis au recours contentieux en ce qui concerne les motifs. — Détournement de pouvoir.	115
CONCLUSION.	129

ALENÇON. — IMP. VEUVE FÉLIX GUY ET C^{ie}
